

**Der Herstellungsanspruch in Geld
bei
Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden**

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Gießen

vorgelegt von
Holger H. Ellrich
aus Rotenburg/F.

Gießen 1972

**Der Herstellungsanspruch in Geld
bei
Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden**

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Gießen

vorgelegt von
Holger H. Ellrich
aus Rotenburg/F.

Gießen 1972



1. Berichterstatter: Prof. Dr. A. Dieckmann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. W. Grunsky

Tag der Prüfung: 5.6.1972

Literaturverzeichnis

=====

- ASKENASY: Über den immateriellen Schaden nach dem BGB, Gruchot 70, 373.
- BARTHOLOMEYCZIK: Äquivalenzprinzip, Waffen-
gleichheit und Gegengewichtsprinzip in der
modernen Rechtsentwicklung, AcP 166, 30 ff.
- BAUR: Entwicklung und Reform des Schadens-
ersatzrechts, 1935.
- BLOMEYER, ARWED: Allgemeines Schuldrecht,
3. Aufl., 1964.
- BÖHMER EMIL: Immaterieller Schaden ist kein
Vermögensschaden, MDR 1964, 453.
- BÖTTICHER: Zur Ausrichtung der Sanktion nach
dem Schutzzweck der verletzten Privatrechts-
norm, AcP 158, 385.
- : Schadensersatz für entgangene Gebrauchs-
vorteile, VersR 1966, 301.
- : Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen
Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen
Persönlichkeitsminderung, MDR 63, 353.
- DEGENKOLB: Der spezifische Inhalt des Schadens-
ersatzes, AcP 76, 1.
- DITTMAR: Das Problem der Schadensersatzleistung,
SJZ 46, 218.
- ENNECCERUS-LEHMANN: Recht der Schuldverhältnisse,
15. Aufl., 1958.
- ERMAN: Handkommentar zum BGB, 4. Aufl., 1967.
- ESSER: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil,
4. Aufl., 1970.
- : Abschluß des Streites um den Ersatz des
sog. "merkantilen Minderwertes" bei Unfall-
wagen? , MDR 1958, 726.

- FISCHER, HANS ALBRECHT: Der Schaden nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche
Reich, 1903.
- FROTZ: Der "Ersatz in Geld" nach § 250 S. 2
BGB, JZ 63, 391.
- GRUNSKY: Aktuelle Probleme zum Begriff des
Vermögensschadens, 1968.
- HAGEN: Fort- oder Fehlentwicklung des Schadens-
begriffs? JuS 69, 65.
- HARTMANN, GUSTAV: Die Obligation, 1875.
- HELDRICH: Vergeudung von Freizeit als Ver-
mögensschaden?, NJW 1967, 1737.
- KREß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts,
München 1929.
- LANDWEHRMANN: Freizeitbeeinträchtigungen und
allgemeines Persönlichkeitsrecht, NJW 70,
1867.
- LARENZ: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1,
Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1970.
- : Nutzlos gewordene Aufwendungen als er-
stattungsfähige Schäden, Festschrift für
Oftinger, 1969, 151.
- : Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht,
Festschrift für Nipperdey I, 1965, 489.
- LÖWE: Schadensersatz bei Nutzungsentgang von
Kraftfahrzeugen?, VersR 1963, 307.
- MAMMEY: Schadensersatz für entgangene Urlaubst-
age, NJW 69, 1150.
- MATAJA: Schadensersatzrecht, ArchBürgR 1, 267.
- MEDICUS: Bürgerliches Recht, 1968.
- : Naturalrestitution und Geldersatz, JuS 69, 449.
- MERTENS: Der Begriff des Vermögensschadens im
Bürgerlichen Recht, 1967.

NEHLERT: Naturalrestitution oder Geldersatz
bei Sachwertverlusten, Jur. Rundschau 47, 41.

NEUMANN: Der Zivilrechtsschaden, JherJb 86, 277.

NEUNER: Interesse und Vermögensschaden, AcP
133, 277.

NIEDERLÄNDER: Schadensersatz bei Aufwendungen
des Geschädigten vor dem Schadensereignis,
JZ 1960, 617.

NÖRR: Zum Ersatz des immateriellen Schadens
nach geltendem Recht, AcP 158, 1.

OERTMANN: Die Vorteilsausgleichung beim
Schadensersatzanspruch im römischen und
deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901.

-: Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhält-
nisse, 5. Aufl., Berlin 1928.

PALANDT: Kommentar zum BGB, 30. Aufl., 1971.

PIEPER: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen
Nichterfüllung, JuS 62, 409.

PLANCK-SIBER: Recht der Schuldverhältnisse,
Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1914.

REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR: Recht der Schuld-
verhältnisse, 11. Aufl., 1959/1960.

ROTHER: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht,
1965.

SCHMIDT-SALZER: Der Anspruch auf Zahlung eines
Nutzungsentgelts wegen entgangener Gebrauchs-
vorteile, BB 70, 55.

SCHOLLMAYER: Das Recht des Bürgerlichen Gesetz-
buchs in Einzeldarstellungen, 2. Aufl., 1904.

SOERGEL-R. SCHMIDT: Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Bd. II, Schuldrecht I, 10. Aufl.,
1967.

STAUDINGER-WERNER: Kommentar zum BGB, Bd. II,
Teil I c, 11. Aufl., 1967.

STEINDORFF: Abstrakte und konkrete Schadens-
berechnung, AcP 158, 431.

STRASSER: Der immaterielle Schaden im öster-
reichischen Recht, 1964.

TITZE: Die Unmöglichkeit der Leistung, 1900.

v. TUHR: Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 1910.

-: Naturalherstellung und Geldersatz, JherJb
46, 39.

WIESE: Der Ersatz des immateriellen Schadens,
1964.

ZEUNER: Schadensbegriff und Ersatz von Ver-
mögensschäden, AcP 163, 380.

G l i e d e r u n g

	<u>Seite</u>
Zum Problem	1
A. Fallübersicht	2
I. Urlaubsfälle	2
a) Vergeudung von Urlaubstagen	2
b) Beeinträchtigungen des geplanten Urlaubsstils	7
c) Zusammenfassung der Entscheidungen: Ausgangspunkte, Bemessungsgrundlagen und deren Nachteile	9
II. Veranstaltungsfälle	12
B. (Theoretische) Lösungsmuster	12
C. Nachteile des Weges über den Vermögens- schadensbegriff. Eigener Ansatz	16
Arbeitsprogramm	20
Darstellung	25
I. Systematische Möglichkeit der Herstell- barkeit eines Ausgleichszustandes für ideelle Schäden durch den Einsatz von Geld	25
§ 1 Grundsatz der Naturalrestitution und Geldersatz	25
§ 2 Skizzierung des Herstellungsbegriffes	26
§ 3 Herstellungsanspruch und Geldersatz	32
§ 4 Geldersatz nach § 249 S. 2 BGB und nach § 251 I BGB	34
§ 5 Transformationswirkung von § 251 I BGB	44
§ 6 Interessenlage von § 251 I BGB	50
a) Interessenschutz	50
b) Kollisionen	52
c) Auf den Normzweck abgestimmte Wege	58
1. Lösung von Grunsky	58
2. Eigene Lösung	61
d) Zwischenerkenntnis	69
§ 7 Zulässigkeit des primären Geldersatzes	70

	<u>Seite</u>
II. Konkrete Herstellbarkeit eines Ausgleichszustandes für bestimmte Schäden	85
§ 1 Funktion von Geld	85
§ 2 Kommerzialisierungsgedanke	91
§ 3 Urlaubs- und Veranstaltungsfälle	97
Zusammenfassung	117

Zum Problem

Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden, beide in einem weiteren Sinne Freizeitschäden, sind relativ neue Posten in einer Schadensrechnung.

Unbestreitbar hat man solche Schäden auch in längst vergangenen Jahren schon erleiden müssen; nur hat sich heute der gesellschaftlichen Entwicklung zufolge das Potential und insbesondere das Bewußtsein der "Freizeit", ihrer bedeutungsvollsten Umsetzungsmöglichkeiten, gewandelt.

War früher dem allgemeinen Bewußtsein ein Geldersatz für ideell-persönliche Beeinträchtigungen eher suspekt, scheint heute Geld zunehmend als höchst willkommenes und taugliches Entschädigungsmittel für alle möglichen persönlichen Einbußen angesehen zu werden.

Dem entspricht es, wenn bei der Suche nach Schadensersatz (vorrangig meint man damit Geldersatz) für solche Einbußen auf der einen Seite v. a. durch Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts der schützenswerte und somit Sanktionen wie Schadensersatz nach sich ziehende Bereich der Person vergrößert wird oder wenn auf der Ersatzrechtsseite die Barriere des § 253 BGB durch einen ausgeweiteten Vermögensschadensbegriff (bahnbrechend in diesem Zusammenhang das Seereiseurteil des BGH¹)

1 BGH NJW 56, 1234 = LM § 253 Nr. 2 = VersR 56, 491. Weitere Nachweise N 178.

unterlaufen wird. Die Bejahung einer Geldersatzfähigkeit von Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden erscheint ihrer heutigen Bedeutung angemessen:

Ein Befund der gesellschaftlichen Sachverhalte macht klar, daß das Urlaubserlebnis, der Besuch eines Theater-, Konzert-, Sportereignisses etc. die relevantesten, augenfälligsten Formen moderner Freizeitbetätigungen sind. Ihr, heute erkannter, sozialer, aber auch für die individuelle Persönlichkeitsentwicklung wesentlicher Wert gebietet (auch rechtliche) Beachtung.

In einer Leistungsgesellschaft darf schließlich nicht deren Rolle als bedeutsame, auch in medizinisch-therapeutischer Sicht erhebliche Faktoren zur Regenerierung des erst solche Gestaltungsmöglichkeiten gemeinhin erschließenden Arbeitskräfteinsatzes übersehen werden.

- A. Aufgabe der folgenden Übersicht ist, darzustellen:
Welche Eingriffe in diese Realisierungsformen von Freizeit bislang ersatzrechtlich als Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisschaden erfaßt worden sind.
Welche Bemessungsgrundlagen herangezogen wurden.
Welche Fragen noch ungelöst sind.

I. Urlaubsfälle

- a) Vergeudung von Urlaubstagen (in der Praxis bisher wichtigste Fallgruppe)

1. Eine Familie findet einen für drei Wochen in Spanien gemieteten Ferienbungalow nach zweitägiger Anreise (im eigenen Pkw von Frankfurt/M aus) anderweitig vermietet vor; sie kehrt nach einer eintägigen, vergeblichen Ersatzquartiersuche und zwei weiteren Reisetagen nach Hause zurück².

Das Gericht hob darauf ab: Der Kläger sei einmal nicht bereit gewesen - da er vor Urlaubsantritt den Bungalow angemietet hatte -, einen Urlaubstag für Unterkunftssuche zu verwenden. Nur unter der (erkennbaren) Voraussetzung eines gesicherten 3-Wochen-Urlaubs in Spanien habe er andererseits vier Urlaubstage als Reisetage aufwenden wollen. Er habe somit fünf Urlaubstage, die er nicht in einer zur Erholung geeigneten Weise habe nutzen können, zwecklos verbracht.

Der nutzlose Aufwand von Urlaubstagen sei als Vermögensschaden anzusehen. Anders als die Nutzung der Freizeit nach der täglichen Arbeit, sei die ungestörte Ausnutzung von Urlaubstagen "kommerzialisiert". Die Kommerzialisierung resultiere letztthin daraus, daß der Urlaub bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Entgelt für geleistete Arbeit sei.

2 OLG Frankfurt NJW 67, 1372 = OLGZ 1968, 130 = VersR 67, 958. Vermögensschaden wegen vergeudeter Urlaubstage bejahen weiter: KG NJW 70, 474; LG München MDR 70, 925; LG Kiel MDR 70, 924; Brem VersR 69, 929; Palandt-Heinrichs Vorbem v 249 a dd; Mammey NJW 69, 1149/1153.

Die Höhe des dem Kläger für die vergeudeten Urlaubstage zugebilligten Schadensersatzes richte sich nach dem (Arbeitsverdienst), was ihm für fünf zusätzliche Urlaubstage entgehen würde³.

2. Einem Urlauber wird das für 22 Tage gemietete Quartier nur für einen Teil (13) Tage der vereinbarten Mietzeit zur Verfügung gestellt; für die verbliebene Urlaubszeit kann am Urlaubsort kein Ersatzquartier gefunden werden⁴.

Das Gericht hielt für maßgeblich: Der Kläger sei unter der Voraussetzung, sich 22 Tage am vorgesehenen Urlaubsort erholen zu können, angereist; er habe deswegen die Reisekosten einer Pkw-Fahrt sowie mindestens zwei Urlaubstage für Hin- und Rückreise und erforderliche Vorbereitungen (z. B. Kofferpacken) aufwenden wollen. Beim Nachholen des abgebrochenen Urlaubs bzw. Verbringen der übrigen neun Urlaubstage an einem entsprechenden anderen Urlaubsort müßte er diese Reisekosten sowie zumindest zwei Urlaubstage erneut aufwenden.

Der Urlaubsgenuß sei - ebenso wie ein gestörter Freizeitgenuß, für den bereits Vermögensaufwendungen getätigt sind - "kommerzialisiert". Der Urlaub diene regelmäßig (so auch im Fall des Klägers) der Wiederherstellung bzw. Verbesserung der Arbeitskraft des Berufstätigen. Dem Kläger wurde ein Ersatz für mindestens zwei vergeudete Urlaubstage zuerkannt; und zwar in Höhe seines zweitägigen Arbeitsverdienstes.

3 Die von dem Gericht am Ende (S. 1373) gebrauchte Wendung, die Entschädigungshöhe richte sich danach, was der Kläger aufwenden müsse, um zusätzliche Urlaubstage zu erhalten, gibt seine Bemessungsgrundlage unscharf und mißverständlich wieder; den vorhergehenden Ausführungen ist zu entnehmen, daß damit nur der entgehende Arbeitsverdienst gemeint ist.

4 LG Kiel MDR 70, 924

Unklar bleibt bei dieser Entscheidung, ob die Reisekosten (hier: 205,-- DM) lediglich zur Charakterisierung der erlittenen Urlaubseinbuße als Schaden dienen oder im zugebilligten Arbeitsverdienstersatz enthalten oder selbständig zu ersetzender Vermögensschaden sein sollen.

Der Fall macht jedenfalls darauf aufmerksam, daß es bei den einschlägigen Sachverhalten um weitere, andere Ersatzbegehren gehen kann.

Aus diesem Grund ist an dieser Stelle schon zu klären: Gegenstand der Arbeit ist nicht eine Erörterung des gesamten Spektrums der Erstattungsproblematis von Urlaubs- und Veranstaltungsfällen⁵. Es geht vielmehr vorzüglich um die Fragen, ob und wie für das unmittelbar vergeudete, beeinträchtigte Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis selbst (Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisschaden im engeren Sinn) ein Geldersatz in Betracht kommt. Mit dem spezifischen Erlebnisschaden unmittelbar zusammenhängende Einbußen - nämlich sind gerade die erwähnten Reisekosten, da sie heute weitgehend (man denke nur an Flug-, Seereiseurlaube, aber auch an die beliebten, mittels eigenem Pkw durchgeführten) mitbestimmende Faktoren des Urlaubs selbst sind - bleiben im Betrachtungskreis eingeschlossen.

5 Auf einem anderen Feld liegt daher z. B. die Differenzierung Primär - (unmittelbarer Objekt-) Folgeschaden (dazu etwa Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd I AT S. 311 f, 350). Sie ist wie andere ersatzrechtliche Problembereiche (Vor- teilsausgleichung, hypothetische Kausalität etc.) kein Spezifikum der Urlaubs- und Veranstaltungsfälle. Damit ist klargestellt, daß die hier vorgeschlagene Lösung in diesen Fällen insoweit andere ersatzrechtliche Gesichtspunkte nicht überflüssig machen kann.

3. Der Urlauber wird während seines vierwöchigen Urlaubs eine Woche lang infolge eines Hundebisses an der Ausnutzung seines Urlaubs gehindert⁶. Ein Ersatzanspruch wird mit der Begründung bejaht, der Urlaub sei im Gegensatz zur sonstigen Freizeit "kommerzialisiert", die nutzlose Aufwendung von Urlaubstagen daher echter Vermögensschaden. Die Ersatzhöhe bemesse sich nach dem für zusätzliche Urlaubstage entgehenden Arbeitsverdienst.

4. Auf der Anreise erleidet der Urlauber einen Unfall und kann wegen der Reparatur seines Wagens erst eine Woche später als vorgesehen am Urlaubsort eintreffen⁷. Obwohl das Gericht den hier erlittenen Urlaubsschaden (wegen der Kommerzialisierung des Urlaubs) als Vermögensschaden deklariert, verneint es im Ergebnis einen Ersatzanspruch mit der hier unzutreffenden Begründung, § 823 I BGB schütze nicht das Vermögen (es wird die bereits bestehende deliktische Haftung des Schädigers übersehen⁸).

5. Ein schulpflichtiger Junge kann infolge eines Unfalls nicht an einem in den Schulferien geplanten Zeltlager am Mittelmeer teilnehmen⁹. Der Beeinträchtigung des Feriengenusses eines Schülers wird die Eigenschaft eines Vermögensschadens abgesprochen. Anders als der Urlaubsgenuß eines Erwachsenen, der sich diesen durch materielle Aufwendungen "erkaufe", sei jener ohne vermögensrechtlichen Aspekt.

6 KG NJW 70, 474

7 AG Ingolstadt BB 64, 1062

8 vgl Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, S. 71 N 190

9 LG Köln MDR 66, 758

b) Beeinträchtigungen des geplanten Urlaubsstils

6. Infolge schuldhafter Amtspflichtverletzung eines Zollbeamten muß ein Ehepaar während einer Seereise zehn Tage lang auf den Inhalt eines Koffers verzichten. Es kann dadurch nicht in gewohnter Weise Wäsche und Garderobe wechseln und nicht im gewünschten Maße am Bordleben teilnehmen (Seereisefall)¹⁰. Nach der vom BGH in diesem Fall angewandten Kommerzialisierungsthese ist zunächst Ausgangspunkt die für den Urlaub gemachte Aufwendung. Durch sie werde ein vermögenswertes Äquivalent - der "kommerzialisierte" Urlaubsgenuß - geschaffen, dessen Störung sich somit als Vermögensschaden ausweise. Da der Vermögensschaden nicht in (teilweise) nutzlosen materiellen Aufwendungen, sondern in der Beeinträchtigung des damit geschaffenen vermögenswerten Äquivalents gesehen wird, muß dieses Äquivalent - der "finanzierte Genuß" - irgendwie in Geld bewertet werden.

Der BGH hat dies derart getan, daß er den dem Ehepaar durch zehntägige Vorenthaltung von Kleidung entstandenen Schaden und die damit verbundene Störung des finanzierten Genusses dahingehend bewertet hat, daß er bei einem Wert der Passagen von 1800,- DM dem Ehemann 100,- DM und seiner Frau 200,- DM zubilligte.

7. Das vom Reiseunternehmen hoch angepriesene Hotel bleibt erheblich hinter den Anpreisungen zurück¹¹.

Das Gericht sprach dem Kläger - nach Bejahung einer vertraglichen Haftung des Reiseunternehmens für diesen Tatbestand - neben dem Ersatz von 60 % seiner an das Reiseunternehmen geleisteten Zahlungen einen weiteren Ersatz in Höhe von 60 % seines Wochenverdienstes (es war eine 1-wöchige Reise gebucht worden) für (teilweise) Vergeudung von Urlaubstagen zu.

10 BGH NJW 56, 1234

11 LG München MDR 70, 925

Der nutzlose Aufwand von Urlaubstagen müsse - da der Urlaub "kommerzialisert" sei - als Vermögensschaden betrachtet werden. Das Gericht rechnete bei letzterem an, daß der Urlaub nicht völlig nutzlos vertan wurde, eine gewisse Erholungsmöglichkeit für den Kläger gegeben war; zumal dieser den Urlaub nicht abgebrochen, sondern die vorgesehene Urlaubszeit im Urlaubsquartier verbracht hatte. Der vom Gericht neben dem von 60 % der vertraglichen Gegenleistung bejahte Ersatz für teilweise nutzlose Aufwendung von Urlaubstagen gibt Anlaß, darauf hinzuweisen, daß die hier ausschließlich interessierende Frage¹², Schadensersatz für das unmittelbar vergeudete, beeinträchtigte Erlebnis, sowohl bei Fällen einer vertraglichen (so Fälle 1, 2, 7 - 9) wie deliktischen (Fälle 3 - 6) Haftung auftaucht. Da es bei der hier aufgegriffenen um eine rein ersatzrechtliche Problematik (also die Frage, w i e gehaftet wird) geht und §§ 249 ff BGB keine Differenzierung hinsichtlich des Haftungsgrunds (also Haftungsart und die Frage, für w a s gehaftet wird) treffen, kann in unserem Zusammenhang dahinstehen, ob vertraglich oder deliktisch gehaftet wird.

8. Das gemietete Quartier hat entgegen der Buchung keine Terrasse und liegt an einer lautstarken Straßenseite¹³.

¹² S. oben A I a 2

¹³ LG Berlin, Urteil v. 8.1.68 AZ 52 S. 230/67 (unveröffentlicht). Vermögensschaden bejaht.

9. Der Urlauber, der eine Unterkunft in der ruhigsten Hotelzone gebucht hat, wird dort durch den Lärm einer Beat-Band bis weit nach Mitternacht am Schlafen gehindert; ihm entstehen durch den abendlichen Aufenthalt in ruhigen Lokalen zusätzliche Kosten, und er kehrt erschöpfter als bei der Anreise zurück¹⁴.

c) Die Übersicht verdeutlichte: Ausgangspunkt aller einschlägigen Entscheidungen ist zunächst die Feststellung, das Urlaubserlebnis bzw. die Ausnutzung von Urlaubstagen sei "kommerzialisiert". Die Kommerzialisierung wird entweder auf die im Seereiseurteil vorgezeichnete Weise, der Urlaubsgenuß stelle - soweit er durch Vermögensaufwendungen "erkauft" sei - einen Vermögenswert dar, oder aber damit begründet, der Urlaub sei letztlich Entgelt für geleistete Arbeit.

Einerseits wird dabei hervorgehoben, daß gerade die als Urlaub zu bezeichnende Nutzung von Freizeit, nicht aber die übrige, nach der täglichen Arbeit ergriffene Freizeitbetätigung als "kommerzialisiert" anzusehen sei¹⁵; andererseits wird dann schon eine bloße Freizeitstörung als Vermögensschaden gesehen, wenn für die gestörte Freizeitbetätigung Aufwendungen getätigt worden sind¹⁶.

14 Durch Vergleich inzwischen erledigte Klage vor der 10. Zivilkammer des LG Frankfurt (vgl. Bericht der Gießener Allgemeinen v. 16./17.6.71 S. 5)

15 KG NJW 70, 474; OLG Frankfurt NJW 67, 1372; LG München MDR 70, 925.

16 LG Kiel MDR 70, 924; vgl a BAG MDR 68, 80.

Die vom BGH im Seereisefall zur näheren Ersatzbemessung vorgenommene Bewertung gibt über die weiter heranzuziehende Bemessungsgrundlage keinen tieferen Aufschluß: Wenn der BGH die Störung des Äquivalents, des "finanzierten Urlaubsgenusses", dahingehend bemißt, daß er für den durch zehntägige Vorenthaltung von Kleidung entstandenen (Vermögens) Schaden dem Ehemann 100,-- DM, seiner Frau aber 200,-- DM (Wert der Passagen 1800,-- DM) zubilligt, so ähnelt dies wohl weit eher einer Schmerzensgeld- als einer exakten Vermögensschadensfeststellung.

Es mag unter Berücksichtigung sozialer Gegebenheiten zwar zutreffen, daß ein Mann den zehntägigen Ausschluß der Möglichkeit, in gewohnter Weise Wäsche und Kleidung zu wechseln, weniger schmerzlich empfindet als eine Frau. Der vom BGH hier vorgenommenen Bewertung des finanzierten Urlaubsgenusses unterliegen aber doch zahlreiche Imponderabilien. So stellt sich z. B. die Frage, ob diese Bewertung nicht noch unterschiedlicher ausfallen müßte, wenn einerseits eine Film-Diva und andererseits ein Priester, der dem Tragen von Gesellschaftskleidung nur geringen Wert beimißt, diesen Schaden erlitten hätten.

Das zur näheren Schadensersatzermittlung im Fall vergeudeter Urlaubstage praktizierte Aufgreifen der engen Beziehung Arbeitskraft/Urlaub/Arbeit und die Ausrichtung dieses Ersatzes am Arbeitsverdienst, der dem Geschädigten für den Zeitraum der vergeudeten entsprechende zusätzliche Urlaubstage entgehen würde, wird von daher plausibel. Der Orientierung am Arbeitsverdienst wohnt aber einmal der Nachteil inne, daß z. B. der "Besserverdienende", der nur einen preiswerten dreiwöchigen Mallorca-Urlaub verleben wollte, bei einer einwöchigen Urlaubsvergeudung u. U. mehr erhält als ihn der ganze Urlaub gekostet hat. Umgekehrt könnte der nur über einen kleineren Verdienst verfügende Urlauber, der sich endlich einmal einen über seine

normalen Verhältnisse hinausgehenden Luxusurlaub erlauben wollte, mit einer Summe abgefunden werden, mit der er sich gerade einen Tag seines Luxusurlaubs hätte ermöglichen können. Oder: Der 10.000 DM monatlich verdienende Manager, der etwa eine Woche seines vierwöchigen 400-DM-Urlaubs auf einem Heide-Bauernhof verlor, könnte dann also 2500,- DM als Schadensersatz verlangen.

Bei dieser Bemessung bleiben Art und Niveau des geplanten Urlaubs aus dem Betrachtungskreis ausgeklammert: Der erlittene Schaden wird nicht mehr (spezifisch) als Urlaubs-, sondern (globaler) als reiner Freizeitschaden gesehen. Oder anders ausgedrückt: Basis ist (wohl) die Vorstellung, dem Geschädigten entgehe in Wahrheit durch Arbeit verdiente Freizeit. Aus dieser - den eigentlichen schadensrechtlichen Anknüpfungspunkt (die spezifische, unmittelbar erlittene Einbuße) verschiebenden - Sicht erscheint letztthin wiederum aber nicht die Freizeit selbst, sondern die mit "Zeit" tatsächlich verbundene Möglichkeit, Geld verdienen zu können, als schützenswert.

Offen bleibt daher, ob diese Bemessungsgrundlage auch - dann allerdings mit der Folge der Verneinung eines Ersatzes - entscheidender Ausgangspunkt sein soll, wenn es sich bei dem Geschädigten nicht um einen Arbeitnehmer oder sonst im Erwerbsleben stehende Person (etwa Schüler, Pensionär etc.) handelt.

Hat etwa die (Fälle 1 und 7) mitreisende Ehefrau, wenn sie "nichtberufstätige" Hausfrau ist, keinen geldersatzfähigen Schaden erlitten, ist die Störung ihres Urlaubserlebnisses weniger "wert" oder soll

ihre Einbuße mit dem dem Ehemann für entgangenen Arbeitsverdienst zugesprochenen Betrag abgegolten sein? Soll der Schüler, der vier Tage seines 14-tägigen Marokko-Flugurlaubs verlor, leer ausgehen?

II. Veranstaltungsfälle

In diesem Sektor gibt es bisher, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung. Schulbeispiel ist der Verlust einer Theaterkarte. Ihm wird für den Fall einer entgeltlichen Vorstellung der Charakter eines Vermögensschadens zugesprochen¹⁷.

Der Ersatzanspruch desjenigen, der das "Recht zum Besuch" einer Theater-, Sport-, Musikveranstaltung aufgrund einer Frei- oder Ehrenkarte (oder sonst unentgeltlich) erlangt hat, bleibt somit weitgehend offen bzw. wird verneint.

- B. Die üblichen Lösungen eines Urlaubs- oder Veranstaltungsschadens werden nach zwei theoretischen Grundmustern abgewickelt:

Nach der einen, insbesondere von der Rechtsprechung herangezogenen, These ist zu berücksichtigen, daß der Geschädigte für das beabsichtigte Erlebnis vermögenswerte Aufwendungen getroffen hat und somit den Genuß des Urlaubs etc.

¹⁷ Palandt-Heinrichs Vorbem v 249 2 aa; Soergel-R.Schmidt §§ 249-253 Rn 85 (Verlust einer Theaterkarte sei Vermögensschaden); vgl a Askenasy Gruchot 70, 379/380; Steindorff JZ 64, 423; Grunsky aaO S. 44 N 114. Soergel-R.Schmidt aaO verneinen einen Vermögensschaden bei unentgeltlicher Aufführung. Esser § 41 II 4a, S. 277 bejaht ihn hier.

in einen Vermögenswert verwandelt habe¹⁸, eine Verletzung dieses Vermögenswertes daher Vermögensschaden sei.

Diese These besagt zunächst nur, daß ein Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis in bestimmten Fällen einen Vermögenswert darstellt. Es bleibt offen, welches die genaueren Bemessungsgrundlagen dieses "materiellen" Erlebnisschadens sein sollen. Denn: Mit der Feststellung allein, der "kommerzialiserte" Genuß habe Vermögenswert, ist es ja nicht getan. Weiter ist dieser These zufolge das Erlebnis eines Geschädigten, der dieses nicht tatsächlich "erkauft" hat, ohne vermögensrechtlichen Aspekt¹⁹.

Nach dem anderen theoretischen Lösungsmuster, der auf v. Tuhr zurückgehenden und neuerdings insbesondere von Larenz und Esser propagierten 'Frustrierungsthese'²⁰ wäre z. B. der Fall einer einwöchigen Urlaubsvergeudung eines 4-Wochen-Urlaubs so zu lösen:

Entscheidender Ausgangspunkt ist die für den Urlaub gemachte (finanzielle) Aufwendung. Als Schaden schlägt deren, hier zumindest teilweise erfolgende, nachträgliche Entwertung m.a.W. die Zweckverfehlung der zuvor freiwillig eingesetzten Investition durch

18 Ausf. Nachweise N 178/179. Am extremsten insoweit Grunsky aaO S. 36/84, der all dem Vermögenswert zubilligt, was gegen Geld erworben werden könne.

19 Siehe N 25

20 v. Tuhr, AT 1. Bd. S. 320; Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd. I AT S. 348, Festschrift Oftinger 151 ff (161/163); Esser § 41 II 4 a S. 277; Löwe VersR 63, 307, 319; vgl a Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S.159; OLG Hamm VersR 69, 762. Grunsky aaO S. 84 zieht den Gedanken zur Bemessung der Anspruchshöhe heran. Ablehnend ggü der Einordnung nutzloser Aufwendungen als Vermögensschaden Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, S. 28; Zeuner AcP 163, 380, 393 f; Stoll JuS 68, 504, 507.

das haftungsbegründende Ereignis zu Buche. Der zu ersetzende Vermögensschaden besteht also in den entwerteten Aufwendungen; die Schadensbemessung ist somit an die vom Geschädigten für den Urlaubszweck eingesetzten finanziellen Mittel gekoppelt. Im konkreten Fall wäre dem Geschädigten daher der Betrag zu ersetzen, den er für den vergeudeten einwöchigen Urlaubsteil (nutzlos) aufgewendet hat.

Der Nachteil dieses Weges liegt u. a. darin: Er enthält einmal - zumindest nicht ohne zusätzliche Komplikation - keine Lösung für ohne finanzielle Aufwendungen erlangte Urlaube (etwa Urlaub bei Verwandten, Freunden, Urlaub eines Schülers etc.).

E s s e r ²¹ will zwar über eine generalisierende Betrachtungsweise den Frustrierungsgedanken auch auf Fälle eines unentgeltlich erlangten Genusses erstrecken. Vom Fall eines verhinderten (kostenlosen) Erlebens einer Theateraufführung ausgehend, führt er aus, der Vermögensschaden liege hier in den vergeblichen Aufwendungen, die zum Erwerb von Eintrittskarten etc. gemacht zu werden pflegen. Mit dieser Generalisierung werde dann ausgeschlossen, daß sich der Schädiger darauf berufen könne, der Geschädigte habe die Karte geschenkt bekommen oder aber nicht verwenden wollen.

Ob diese "generalisierende" Frustrierungsthese in allen Fällen eines kostenlos erlangten Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisses tatsächlich weiterhilft, erscheint dann aber zumindest

21 § 41 II 4 a S. 277

als höchst unsicher, wenn - was unklar bleibt - diese Generalisierung die üblichen Lebensgewohnheiten bestimmter Personen meint: Denn bei vielen gesellschaftlichen Gruppen - etwa Schülern, Pensionären - ist es gerade üblich, unentgeltliche Ferien bei Verwandten, Freunden, Bekannten etc. zu verleben oder aber kostenlos von "Finanzierenden" in einen Urlaub etc. mitgenommen zu werden.

Zum anderen bestimmt durch das Abstellen auf die (finanziellen) Aufwendungen des Geschädigten dieser durch das von ihm ergriffene Maß der Aufwendungen die Höhe des Ersatzanspruchs selbst. Ergreift er ganz besonders umfangreiche, nicht üblicherweise für einen solchen Urlaub getätigte Aufwendungen, so könnte er alle diese, den Schädiger u. U. ganz erheblich belastenden Aufwendungen liquidieren, während der Geschädigte, der sich mit ganz geringen Mitteln einen Urlaub zu verschaffen wußte, einen Ersatzbetrag erhalten würde, der kaum noch in Relation zur Bedeutung seines Urlaubs bzw. seiner Urlaubsstörung stehen würde.

Als weiteres (Abgrenzungs-)Problem kommt hinzu, daß es ja kaum angängig ist, dem Geschädigten absolut alle irgendwie im Hinblick auf den Urlaub gemachten Aufwendungen (etwa auch die einwöchige Nichtbenutzbarkeit des speziell für Urlaubsreisen angeschafften Zweit-Fernsehgerätes) zu ersetzen, deren Zweckfestlegung durch das haftungsbegründende Ereignis beeinträchtigt worden ist.

L a r e n z.²² will daher die Grenze zwischen erstattungsfähigen und nichterstattungsfähigen nutzlosen Aufwendungen derart ziehen, als er zu ersteren nur die Zweckverfehlung einer besonderen, für den bestimmten Zweck gerade gemachten Investition zählen will, während Aufwendungen für die normale Lebenshaltung nicht ersatzfähig seien. Hier bliebe aber z. B. die Frage offen, ob dann nicht ein Urlauber, zu dessen normaler Lebenshaltung laufende Wochenendskiurlaube gehören, nichterstattungsfähige Aufwendungen ergreifen würde.

- C. Die in Rechtsprechung und Literatur gängige Abwicklung der hier interessierenden Schäden ist ersatzrechtlich festgelegt und wird an einer problematischen, umstrittenen Scheidung Vermögens-/Nichtvermögensschaden festgemacht²³.

22 Festschrift Oftinger S. 163

23 Einen insoweit begrüßenswerten neuen Ansatz zeichnet demgegenüber Landwehrmann NJW 70, 1867 ff auf. Er will aus dem allgemeinen ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitgestaltung (das auch Urlaubsbeeinträchtigungen umfassen soll) ableiten. An die durch Anerkennung des APR vorgegebene Tendenz zur Ausweitung des zu schützenden Bereichs der Person anknüpfend, will er also eine Lösung über das Haftungsgrundrecht erreichen. Er übersieht dabei, daß es bei einem im Eingriffsbereich von § 823 BGB angesiedelten besonderen Persönlichkeitsrecht - anders als bei einer für deliktische wie vertragliche Haftung gelten könnenden ersatzrechtlichen Lösung - zumindest höchst problematisch ist, ob dieser Weg auch für den Fall einer vertraglichen Schadensersatzpflicht gangbar ist. Sein Vorschlag ist bisher jedenfalls nicht wieder aufgegriffen worden. Dessen Attraktivität leidet überdies darunter, daß als Abgrenzungskriterium der reichlich dehnbare Begriff der Unmittelbarkeit des Eingriffs angewandt werden soll (S. 1868).

Der Weg über den Vermögensschadensbegriff - d.h. die Einkleidung von Erlebnissen und Lebensgenüssen, die auf den ersten Blick als rein immaterielle Güter angesehen werden - muß aber bei solchen von in erster Linie durchweg persönlichen, ideellen Momenten charakterisierten Schäden, wie dem entgangenen Genuß eines Urlaubs oder einer Veranstaltung, zu einer Verwässerung und problematischen Kompliziertheit des Vermögensschadensbegriffs führen.

Die üblichen Lösungen eines Urlaubs- oder Veranstaltungsschadens basieren letztlich auf einer zu weiträumigen Grundvorstellung: Urlaubs- oder Veranstaltungsschäden werden in einen, unterschiedlich definierten, umfassend gelten wollenden Vermögensschadensbegriff eingebettet. Gerade diese globalere Betrachtungsweise ermöglicht zwar in einigen Fällen durchaus begrüßenswerte Ergebnisse, birgt aber zugleich die Gefahr eines ungehemmten Einfließens von Ersatzbegehren (etwa für alle möglichen Freizeit- oder Genußstörungen) in sich, was am Ende der Allgemeinheit durch dadurch bedingte Versicherungsprämien erhöhungen teuer zu stehen kommen könnte. Schon von daher rechtfertigt sich der Versuch einer differenzierteren, nur für die heute praktisch wichtigsten Gruppen von Freizeitschäden - Urlaubs- und Veranstaltungsschäden - bereitstehenden Lösung, die konkret nur fragt, ob Urlaubs- oder Veranstaltungsschäden erstattungsfähig sind; nicht aber global - untersucht, ob Genußstörungen als materielle Einbußen behandelt werden können.

Er umfaßt, und darin liegt m. E. ein weiterer erheblicher Nachteil, zumindest nicht ohne zusätzliche Komplikationen, keine Lösung für unentgeltlich erlangte Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisse.

Ein Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis stellt aber für den Geschädigten in seinen maßgebenden Komponenten (Arbeitskraftregenerationsfaktor,

Freizeit-, Entspannungs-, Prestigewert) unabhängig davon, ob er dieses Erlebnis kostenlos oder nicht erlangen konnte, eine gleichwertige Position dar. Es wäre nicht einzusehen, warum z. B. die mitbetroffene Ehefrau, der Schüler, der einen Ferienurlaub bei seinen Großeltern verbringen wollte, oder der Urlauber, der als eingeladenen Gast im Hause seines Freundes einen dreiwöchigen Sylt-Urlaub erleben, oder derjenige, der als Ehrengast an einer Theatervorstellung teilnehmen wollte, keinen geldersatzfähigen Schaden erlitten haben sollten. Die über den Vermögensschadensbegriff vorgenommene Reflexion auf die ergriffene Finanzierung stellt sich somit als zweifelhafter Ausgangspunkt dar.

Zusammenfassend sind als Nachteile des Weges über den Vermögensschadensbegriff festzuhalten: Trotz unterschiedlicher perspektivischer Verschiebung sind bedeutsamster Ausgangspunkt aller Lösungen eines Urlaubserlebnisschadens²⁴ die vom Geschädigten gemachten Aufwendungen, d. h. der tatsächlich finanzierte Urlaubsgenuß. Der Ersatzanspruch eines Urlaubers, der unentgeltlich einen Urlaub erleben wollte, scheint daher höchst problematisch und ist weitgehend als noch offene Frage zu bezeichnen. Zumindest die Rechtsprechung und die h. M. in der Literatur verlangen bei der Bejahung eines Ersatzanspruchs für einen Urlaubsschaden unter der Etikettierung als Vermögensschaden die Voraussetzung tatsächlicher Aufwendungen des Geschädigten²⁵.

24 Für Veranstaltungserlebnisschäden gilt Entsprechendes.

25 BGH NJW 56, 1234; BGH NJW 63, 2020; LG Kiel MDR 70, 924; LG Köln MDR 66, 758; Larenz, Lehrbuch des SchuldR Ed. 1 AT S. 348; Grunsky aaO S. 84, Palandt-Heinrichs Vorbem. 249 2 aa.

Bei der noch nicht weiter aufgegriffenen erweiterten, "generalisierenden" Frustrierungsthese bleibt in vielen Fällen unentgeltlich erlangter Urlaubserlebnisse unklar, ob sie weiterzuhelfen vermag.

Die von den gängigen Lösungen zugrunde gelegten Bemessungsgrundlagen - entgangener Arbeitsverdienst für zusätzliche Urlaubstage oder Maß der Aufwendungen des Geschädigten - führen in vielen Fällen zu ungerecht erscheinenden Ergebnissen und sind z. T. jedenfalls wenig praktikabel. Es ist weiter ungeklärt, ob der Gesichtspunkt entgangener Arbeitsverdienst auch dann maßgeblich sein soll, wenn der Geschädigte nicht arbeitet.

Die Einkleidung von Urlaubs- oder Veranstaltungs-"genüssen" (für die unbefangene Betrachtung ideeller Güter) als Vermögensschäden führt schließlich zu einer komplizierten, umstrittenen Abgrenzungsproblematik innerhalb des Vermögensschadensbegriffs.

Es erscheint daher gerechtfertigt, einen Weg zu suchen, der die Möglichkeit eröffnet, einen Geldersatz für Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden bereitstellen zu können, ohne daß deren Einkleidung als Vermögensschäden nötig wäre (m.a.W. ohne daß deren ideeller Charakter geleugnet werden müßte); daß somit die finanziellen Aufwendungen des Geschädigten weder zur Charakterisierung noch als Voraussetzung und wesentlicher Ausgangspunkt der Bemessungsgrundlage dieses Schadensersatzes entscheidende Kriterien sein müßten.

Will man unter dem Ziel der Erreichung eines Geldersatzes in diesen Fällen den unbefriedigend erscheinenden Weg über den Vermögensschaden umgehen, könnte sich eine Öffnung des Herstellungsanspruchs, d. h. der Ausprägung des Herstellungsanspruchs, als Geldersatz gem. § 249 S. 2 BGB, anbieten.

Da es bei einem solchen Ersatzanspruch nicht unumgänglich auf die Aufwendungen des Geschädigten, sondern auf die zur Erreichung des i. S. von § 249 S. 1 BGB "herzustellenden Zustands" erforderlichen Mittel ankommen würde, könnten entgeltlich wie unentgeltlich erlangte Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisse einer Entschädigung zugeführt werden. Darüber hinaus sollte es möglich sein, eine praktikablere, gerechtere Bemessungsgrundlage zu finden.

Da eine solche Lösung ersatzrechtlich fixiert wäre, könnte sie, da §§ 249 ff BGB nicht nach der Art der Schadensersatzpflicht differenzieren, für eine vertragliche wie deliktische Haftung gelten.

Arbeitsprogramm

Der Begriff des Schadens und fast noch mehr der des Vermögensschadens stellen Bezugspunkte von hohem Stellenwert für die Anlagerung wichtiger ersatzrechtlicher Probleme dar. Die Kategorie "Schaden" läßt sich als erster Filter eines ersatzrechtlichen Zuspruchs kennzeichnen. Die Kategorie "Vermögensschaden" bedeutet hingegen die letzte - von § 253 BGB geforderte - Prüfungsstation.

Zwischen beiden Stationen liegt der - hier interessierende - Bereich, der einerseits von der Anordnung von § 249 S. 1 BGB

(wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre)

und zum anderen von der von § 251 I BGB

(soweit die Herstellung nicht möglich (ist) oder ..., hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen),

abgegrenzt wird.

Die Skizzierung des Begriffes der Herstellung sowie des Begriffes der Unmöglichkeit der Herstellung im Sinne der §§ 249 ff BGB stecken den äußeren Rahmen dieser Arbeit ab, die auf eine Untersuchung der Frage abzielt, ob bei bestimmten (ideellen) Schäden durch die Zuhilfenahme von Geld der von § 249 BGB geforderte "herzustellende Zustand" bewirkt und somit für diese Schäden ein § 253 BGB möglicherweise nicht ausgesetzter Herstellunganspruch in Geld bejaht werden kann. Die Annahme der Herstellbarkeit eines Ausgleichszustands bei Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden findet eine entscheidende Ursache in heutiger gesellschaftlicher Ausgestaltung, Bedeutung und im Verständnis der hier in Betracht kommenden Positionen.

Anders als der in Rechtsprechung und Literatur gängige Weg, wonach Schäden der genannten Fallgruppen lediglich unter dem Gesichtspunkt behandelt werden, ob ein Vermögensschaden vorliegt oder nicht, soll hier gefragt werden, ob auf anderem Wege eine Erstattungsfähigkeit in diesen Fällen zu erreichen

ist, und zwar ohne daß es insoweit möglicherweise auf die Regelung von § 253 BGB ankommen würde. Die Erörterung unter dem Gesichtspunkt der Her-
stellung (und somit andererseits die Herausnahme der genannten Fallgruppen aus der Vermögens-
schadensproblematik) könnte meines Erachtens auch die Vorteile bieten: Es könnte eine über-
zeugendere und praktikablere Scheidung Vermögens-
schaden/Nichtvermögensschaden gefunden werden;
§ 253 BGB könnte dann die ihm auch zukommende
Funktion einer "Vorbeuge" vor ausufernden Schadens-
ersatzpflichten²⁶ besser erfüllen.

Augenfälliges und gemeinsames Merkmal der Urlaubs-
und Veranstaltungsfälle ist: Es handelt sich um
Bereiche, die in ihren vielfältigsten Erscheinungs-
formen weitgehendst wirtschaftlich erfaßt sind.
Die heutige Ausgestaltung des "Urlaubs-" und "Ver-
anstaltungsmarktes" wird u. a. dadurch gekennzeich-
net, daß nahezu alle Varianten der Erlebnismöglich-
keiten von Urlaub und Veranstaltungen ständig
wiederholbar, reproduzierbar sind. Die bei einem
Veranstalter ausgefallene Fotosafari kann z. B.
durch Buchung bei einem anderen Reiseunternehmen
ebenso wie die für den Berechtigten ausgefallene
Begegnung zweier bestimmter Bundesligamannschaften,
die eine Neuauflage in der Rückrunde oder in einem
Pokalspiel erfährt, (schließlich doch) erlebt
werden.

Der Mallorca-Urlaub kann gleichwertig auf Ibiza,
Capri etc. verbracht werden. Vom Reiseveranstalter
werden daher z. B. bei ausgefallenen Bulgarien-

26 Böttcher MDR 63, 354/360 u. VersR 66, 301 f; vgl
a Mertens aaO S. 181 f; Nörr AcP 158, 4/5; Esser
§ 41 II 1 S. 273; Larenz, Festschrift Nipperdey,
S. 506 u. Lehrbuch des SchuldR Bd 1 AT § 28 III
S. 335; Heldrich NJW 67, 1739.

Flugreisen Rumänien-Aufenthalte angeboten. Dem Urlauber wird ein (verbilligter) "Flug ins Blaue" offeriert, der dem Reiseunternehmen die Auswahl der Urlaubsziele überläßt; der Urlauber wählt nur noch die Komfortstufe seiner Unterbringung²⁷.

Einleitend wurde offengelegt, daß der ideelle Charakter von Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden nicht geleugnet werden soll. Es soll vielmehr unterstellt werden, daß das Erleben eines Urlaubs oder einer Veranstaltung einen ideellen, der persönlichen Sphäre zuzuordnenden Genuß darstellt, dessen Verletzung sich somit als Eingriff im personalen Bereich niederschlägt; so daß, zumindest im weitesten Sinne, von einem "Personenschaden" zu sprechen ist.

Die Annahme, im Erleben eines Urlaubs oder einer Veranstaltung einen ideellen Genuß zu sehen, kann sich auch auf eine Überlegung stützen, die man im Anschluß an eine Modifikation des erwähnten Seereisefalls anstellen muß: Wäre der tatsächlich erlittene Schaden wirklich anders zu charakterisieren, wenn die Seereisenden den durch Vorenthaltung ihrer Kleidung erlittenen Schaden als vom Schiffseigentümer eingeladene Gäste erlitten hätten?

Nimmt man - wie hier - das finanzielle Moment weg, so bleibt nur noch eine Reflexion auf den gestörten Urlaubsgenuß, um den es auch im eigentlichen Seereisefall in Wahrheit geht, übrig.

27 So Angebote in Prospekten (Sommer 71) der Reiseunternehmen Touropa u. NUR.

Die angeführten Fälle mögen zwar verdeutlicht haben, um was es geht, wenn hier von einem Urlaubs- oder Veranstaltungsschaden gesprochen wird.

Zu klären bleibt aber, ob schon jede Beeinträchtigung eines solchen Genusses als Schaden qualifiziert werden kann. Stellt die Nichtlieferung eines als Urlaubslektüre vorgesehenen Buches²⁸ schon einen Urlaubsschaden dar, oder ist die Lärmbelästigung durch meinen Nachbarn in einem Konzert schon ein Veranstaltungsschaden?

Von einem Schaden in diesem Sinne kann wohl nur dann die Rede sein, wenn es sich um eine erhebliche, für den gesamten "Genuß" bedeutsame Beeinträchtigung handelt. Eine bloße untergeordnete, für die Gesamtheit des Erlebens unmaßgebende Tangierung - wie die Nichtlieferung der Urlaubslektüre oder die Anfeuerungsrufe leicht alkoholierter Fußballfans - fällt hingegen für die Qualifizierung als Urlaubs- oder Veranstaltungsschaden aus²⁹. Im Konzertbeispiel könnte hingegen eine andauernde, erhebliche Lärmbelästigung zu einer bedeutsamen und als Veranstaltungserlebnis-schaden zu bezeichnenden Entwertung des erstrebten Genusses führen.

Im ersten Teil der Arbeit wird die systematische Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs in Geld für den unmittelbar entgangenen Genuß selbst untersucht. Im zweiten Teil werden die Kriterien der hierfür in Betracht kommenden Fälle herausgearbeitet.

28 Bsp von Grunsky aaO S. 84

29 Ebenso Grunsky aaO für das von ihm gebildete Beispiel.

C I. Systematische Möglichkeit der Herstell-
barkeit eines Ausgleichszustands für
ideelle Schäden durch den Einsatz von Geld

§ 1

Grundsatz der Naturalrestitution und Geld-
ersatz

Den Inhalt von Schadensersatzansprüchen nach dem BGB regeln §§ 249 ff. Die inhaltliche Regelung umfaßt zwei Bereiche: Art und Weise einerseits und Umfang der Ersatzleistung andererseits.

Im Vordergrund steht dabei die vom BGB - anders als im Gemeinen und Römischen Recht - in § 249 S. 1 BGB als Grundprinzip angeordnete Naturalrestitution. Der Herstellungsgrundsatz indiziert eine gewisse Neutralität; er ist ohne Rücksicht auf den Haftungsgrund oder auf die Art des Schadens oder des verletzten Rechtsgutes anwendbar³¹.

Dem Geldersatz kommt dagegen nach dem System des BGB nur Ausnahme- bzw. Aushilfsfunktion³² zu. Ersatz in Geld kommt in Betracht:

31 RGRK § 249 Anm 3

32 Vgl Esser § 41 II 3 a S. 274

- a) nach § 249 S. 2 BGB als sogenannte Herstellungskosten bei Verletzung einer Person oder bei Beschädigung einer Sache,
- b) nach § 250 BGB nach Fristsetzung der Herstellungspflicht,
- c) nach § 251 I BGB bei unmöglicher oder ungenügender Herstellung,
- d) nach § 251 II BGB bei unverhältnismäßigem Herstellungsaufwand - Ersetzungsbefugnis des Schuldners.

§ 2

Skizzierung des Herstellungsbegriffes

Der Herstellungsgrundsatz³³ von § 249 S. 1 BGB besagt, daß derjenige Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Die Restitution wird daher als Herstellung des Zustandes, der sich ohne das schädigende Ereignis voraussichtlich ergeben hätte³⁴, verstanden; der herzustellende Zustand soll also dem hypothetischen entsprechen³⁵.

33 Nachweise über RG-RSpr zu diesem Grundsatz b. RGRK § 249 Anm 2

34 RG 143, 274; Palandt-Heinrichs 249 I a

35 Vgl RGRK § 249 Anm 2

Versteht man dies ganz eng, im Sinne einer "identischen Wiederherstellung"³⁶, würde dies bedeuten, daß der Schädiger den von ihm geschaffenen, zum Ersatz verpflichtenden Umstand durch "Negation"³⁷ dieses Zustandes egalisieren soll. Etwa jemand widerruft eine Beleidigung³⁸ oder jemand unterbricht seinem Nachbarn den Wasserzufluß eines Baches durch Schließen einer Schleuse und öffnet diese - auf Schadensersatz in Anspruch genommen - später.

Auch wenn man davon absieht, daß die Herstellung hier mehr unter dem Aspekt einer Beseitigungsfunktion³⁹ (§ 1004 BGB entsprechend) begriffen

36 Dies klingt z. B. bei der Formel "Wiederherstellung des alten Zustands" an (vgl. Mataja ArchBürgR 1, 276).

37 Ein seltenes Beispiel der (so verstandenen) Wiederherstellung eines identischen Zustands stellt der Fall dar, wenn der Schaden im Bestehen einer Verbindlichkeit liegt, und sich der Ersatz in der Befreiung hiervon erschöpft (vgl. Neumann JherJb 86, 309).
Fischer, Der Schaden nach dem BGB, S. 166/167 bezeichnet diese Konzeption als faktische Herstellung und stellt dieser die von ihm aufgrund Gesetzeszweck bejahte wirtschaftliche Herstellung (168) gegenüber.

38 Vgl. etwa RGKK § 249 Anm 3.

39 Vgl. z. B. Degenkolb AcP 76, 21. Die Naturalwiederherstellung beseitige den Schaden wirklich rückwärts, begrenze ihn, hemme lediglich seine Weiterentwicklung; den bis dahin entstandenen Schaden lasse sie unberührt. Degenkolb will zwischen abgeschlossenem und unabgeschlossenem Schaden unterscheiden (S. 58). Hieran knüpft er die Möglichkeit der Herstellung; nur der unabgeschlossene Schaden könne hergestellt werden. Andererseits erkennt er an, daß die Frage der Abgeschlossenheit dem Einfluß des Faktors Zeit unterliegt.

wird, zeigen die Beispiele, daß eine solche Konzeption das Ereignis "Schaden"⁴⁰ nicht als Prozeß⁴¹, also als ein Ereignis, das bestimmten und verschiedenartigen Faktoren unterworfen ist, sondern allenfalls als statische Vergleichsgröße ansieht. Die Dimension Zeit, also der mit dem bloßen Zeitablauf einhergehende Verlust der Wiederherstellbarkeit⁴² der exakt gleichen Ausgangslage (= des vor Schadenseintritt bestehenden - früheren - Zustandes) bleibt wie der Umstand außer Ansatz⁴³, daß vielfach über eine bestimmte Grenze hinaus überhaupt nicht feststellbar ist, wie sich der Lauf der Dinge ohne das Schadensereignis gestaltet hätte⁴⁴.

"Geschehenes läßt sich (aber) nicht ungeschehen machen"⁴⁵: Die Anordnung der Herstellung würde sonst auf Unmögliches abzielen. Abgesehen davon, daß Unmögliches nicht verlangt werden kann, wäre in Wahrheit vom BGB über § 251 I BGB nur Geldersatz angeordnet.

-
- 40 Wobei Schaden definiert wird: Jeder Nachteil, den ein Ereignis an den materiellen oder immateriellen Rechtsgütern einer Person hervorruft (vgl. Pieper JuS 62, 409 mwN)
- 41 Mertens aaO S. 47 spricht von der prinzipiellen Unendlichkeit des Schadensverlaufs. Vgl. a. Degenkolb AcP 76, 21 N. 31; Zeuner AcP 163, 382.
- 42 Baur, Entwicklung und Reform des Schadenersatzrechtes, S. 39, formuliert das so: die Naturalresitution sei nie ganz durchführbar; vgl. a. Degenkolb AcP 76, 58 - noch deutlicher werde dies bei Zeitschäden -.
- 43 Das führt dann zu solchen lapidaren Feststellungen: Naturalrestitution sei bei früheren Schäden unmöglich (vgl. z.B. Neumann JherJb 86, 303)
- 44 Fischer aaO S. 196
- 45 RGZ 165, 260 (270). Die Herstellung kann schon deswegen nicht als "Wiederherstellung" interpretiert werden. Vgl. Blomeyer § 32 IV 1; Ennecerus-Lehmann, Schuldrecht Bd 2 § 18 I e; Fischer aaO S. 155.

"Wiederherstellung" kann also nicht gefordert werden⁴⁶.

Plastisch formuliert F i s c h e r⁴⁷, wenn einmal feststehe, daß ein Schaden eingetreten sei, so stehe auch die Irrealität der durch das Schadensereignis unterbrochenen normalen Tatsachenreihe fest. Pflicht des Ersatzschuldners sei es, einen n e u e n Tatsachenkomplex ins Leben zu rufen, welcher möglichst sich jenem irrealen Zustand a n n ä h e r e.

Dem Ausgleichszweck⁴⁸ des Ersatzrechts folgend, ist unter "Herstellung"⁴⁹ die Schaffung eines dem früheren wirtschaftlich vergleichbaren (gleichartigen) oder gleichwertigen

⁴⁶ RGZ 131, 178; Palandt-Heinrichs § 249 Anm 1 a; Pieper JuS 62, 410; vgl a Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht Bd 2 § 18 I e; Baur aaO S. 35. Palandt-Heinrichs aaO führen überdies aus, daß zwar nicht Wiederherstellung, wohl aber u. U. etwas noch nicht Dagewesenes gefordert werden könne mwN. Unverständlich die Ausführungen in RGRK § 249 Anm 2 - der Herstellungsanspruch könne dann ausnahmsweise auf Wiederherstellung des früheren Zustands gehen, wenn der hypothetische Zustand dem früheren gleich sei; dies sei dann der Fall, wenn ohne das schadenstiftende Ereignis keine Änderung des früheren Zustandes eingetreten wäre.

⁴⁷ Fischer aaO S. 155

⁴⁸ S. dazu u.

⁴⁹ Die dabei zwei Zwecken dient: Sie zielt auf Wahrung des Integritäts- und mit ihm zugleich des Wertinteresses ab. Dazu vgl v.a. Medicus JuS 69, 450.

Zustands - hierauf zielt der Ausdruck
" A u s g l e i c h s z u s t a n d " ab -
zu verstehen⁵⁰. Der Geschädigte ist also
wirtschaftlich so zu stellen, wie er ohne
das schädigende Ereignis gestanden hätte⁵¹.

Danach kann zum Beispiel der Verlust einer
unvertretbaren Sache⁵² durch Beschaffen einer
anderen (neuen) und im wesentlichen gleichen
Sache ausgeglichen werden⁵³.

50 Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht Bd 2 § 18 I e;
Esser § 41 II 3; Baur aaO S. 35; Pieper JuS 62,
410; Neumann JherJb 86, 290; Dittmar SJZ 46,
219; Nehlert Jur. Rundschau 47, 44; Wiese
aaO S. 14 - das Schadensersatzrecht stelle
keineswegs auf unmittelbare Herstellung des
früheren Zustandes ab, es komme lediglich
auf wirtschaftlichen Ausgleich an (vgl dazu
a BGHZ 30, 29 (31); 40, 345 (347); Staudinger-
Werner § 249 Anm 6 c u. 9; Planck § 251 S. 90;
Palandt-Heinrichs § 249 Anm 1 a; Erman-Sirp
§ 249 Anm 7 e aa; A.v.Tuhr JherJb 46, 39 (55);
Fischer aaO S. 168, 169; Degenkolb AcP 76, 66;
Larenz, Festschrift Nipperdey, S. 503; RGRK
§ 249 Anm 2 mwRsprN.

51 BGH VersR 64, 226 mwN.

52 Bei vertretbaren Sachen bieten sich immer zwei
Formen der Restitution an (Reparatur oder Er-
satzbeschaffung) Medicus JuS 69, 452 mwN.

53 Pieper JuS 62, 411; vgl a Palandt-Heinrichs
§ 251 Anm 1; a.A. Staudinger-Werner § 251
Rdnr 3 (vgl aber a demgegenüber § 249 Rdnr 9).
Mertens aaO S. 155 N 50 führt in diesem Zu-
sammenhang aus: Es könne nicht auf Wieder-
herstellbarkeit des Sachguts in seiner stoff-
lichen Identität ankommen. Ein Foto sei z.B.
auch dann wiederherstellbar, wenn es selbst
völlig zerstört, aber noch ein Negativ oder
Kopierexemplar vorhanden sei.

Auch in Zeiten, in denen ein Geldanspruch wesentlich "unbeliebter" als heute war (Nachkriegsjahre, Währungsreform), wurde folgerichtig zur Regelung gerechter Ersatzansprüche bei diesem wirtschaftlichen und somit elastischen Herstellungsbegriff angesetzt⁵⁴. Hier war gerade die Zahlung von Geld zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend⁵⁵. Man sprach in diesem Zusammenhang von rechtlicher Zulässigkeit der Ausweitung der Naturalrestitution⁵⁶. Es komme darauf an, auf welche Art die A n n ä h e r u n g an den früheren Zustand am weitgehendsten erreicht werde⁵⁷.

Es wurde also die Bezugsgröße "herzustellender Zustand", anders als der hier in umgekehrter Richtung beabsichtigte Weg, diese Größe über eine verbreiterte Anwendbarkeit des Einsatzes von Geld auszuweiten, insoweit geöffnet, als nur der vermehrte Zuspruch von Sachleistungsansprüchen als taugliches Ausgleichsmittel angesehen wurde.

54 Die Bemerkung von Mertens aaO S. 147 N 15, v.a. in Zeiten einer extremen Verknappung des Güterangebots biete sich eine extrem weite Fassung des Begriffs der Naturalrestitution an, ist so wenig überzeugend. Sie bietet sich ebenso bei der von Mertens konstatierten Expansion des Schädigungspotentials an.

55 Vgl dazu Staudinger-Werner § 251 Rdnr 2o

56 BB-Gutachten 47, 331

57 BB-Gutachten aaO S. 333

§ 3

Herstellungsanspruch und Geldersatz

Der Herstellungsanspruch selbst umfaßt auch einen Geldersatz.

Bei Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache kann der Gläubiger Geld, Herstellungskosten (= die zur Herstellung erforderlichen Kosten), fordern, § 249 S. 2 BGB. Der Grund für diese Regelung wird vor allem darin gesehen: Der Verletzte soll selbst die Herstellungsdispositionen vornehmen dürfen; er soll nicht gezwungen sein, sich bei der Herstellung dem Schädiger anzuvertrauen⁵⁸.

Auch beim Vorgehen nach § 250 BGB (Fristsetzung der Herstellungspflicht) kann der Gläubiger Geld fordern, wobei streitig ist⁵⁹, ob es sich bei dem "Ersatz in Geld" nach § 250 S. 2 BGB um eine im Rahmen der Herstellung erfolgende Leistung in Geld, also Zahlung im Sinne von § 249 S. 2 BGB, handelt oder aber um eine den Herstellungsanspruch ablösende Kompensation in Geld, § 251 I BGB entsprechend.

58 Palandt-Heinrichs § 249 Anm 2 a; Medicus JuS 69, 451; vgl a Fischer aaO S. 201; Neumann JherJb 86, 290. Nach h.M. hängt der Anspruch nicht davon ab, ob der Geschädigte das Geld auch tatsächlich für die Herstellung verwendet. BGHZ 45, 218 (Heilmittelfall); Zeuner AcP 163, 395 mwN; Staudinger-Werner § 249 Rdnr 16; RGRK § 249 Anm 45.

59 Dazu v.a. Frotz JZ 63, 391. Er begründet die von ihm vertretene Gleichstellung mit Herstellungsanspruch insbesondere mit der Erwägung, der Schuldner könne sonst durch pflichtwidrige Verzögerung oder Verweigerung der Herstellung materiellrechtliche Vorteile erlangen (394). A.M. Staudinger-Werner Anm 2 zu § 250. Weitere Nachweise über den Meinungsstand bei Frotz JZ 63, 392 N 5.

Schließlich gelangt der Gläubiger zu einer den Herstellungsanspruch ersetzenden Kompensation in Geld bei unmöglicher oder unzureichender Herstellung, § 251 I BGB; oder wenn der Schuldner von seiner Befugnis nach § 251 II BGB im Falle unzumutbaren Herstellungsaufwands Gebrauch macht.

Die Fälle unzureichender bzw. teilweise unmöglicher Herstellung stellen lediglich Mischformen beider Ersatzprinzipien dar: Neben dem Herstellungsanspruch besteht zugleich ein Kompensationsanspruch in Geld⁶⁰.

In der Praxis - von den oben erwähnten Ausnahmezeiten abgesehen - überwiegt der Ersatz in Form einer Geldleistung. Ein Umstand, der in wirtschaftlich geordneten Zeiten schon allein wegen der dem Geld zukommenden übertragenden Tausch- und Wertfunktion verständlich ist. Rechtssystematisch läßt sich dies vor allem⁶¹ auf die Möglichkeit des Forderns der Herstellungskosten bei Personenverletzungen oder Sachbeschädigungen gemäß § 249 S. 2 BGB

60 Vgl Staudinger-Werner § 251 Rdnr 2; Medicus JuS 69, 450 N 14; Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd I AT S. 332

61 Sehr konstruiert Fischer aaO S. 194. Er führt den Vorrang des Geldersatzes in der Praxis vorwiegend auf stillschweigende oder ausdrückliche Parteienabrede zurück.

und auf die Unmöglichkeit der Herstellung⁶²
bzw. auf ein mehr oder weniger freies "Schalten
und Walten"⁶³ mit der Unmöglichkeit der
Herstellung - § 251 I BGB - zurückführen.

§ 4

Geldersatz nach § 249 S. 2 BGB und nach

§ 251 I BGB

Die nach § 249 S. 2 BGB und nach § 251 I BGB
(bei unmöglicher Herstellung) erfolgenden
Zahlungen sind zwar äußerlich identische⁶⁴
Leistungsformen, unterliegen aber qualitativ
unterschiedlichen Kategorien⁶⁵.

Die Zahlung nach § 249 S. 2 BGB findet im
Rahmen der Restitution⁶⁶ statt, stellt also

62 Vgl Grunsky aaO S. 10

63 S. dazu u.

64 Vgl Medicus JuS 69, 450

65 Vgl a Medicus JuS 69, 452/453; ebenso RGRK
§ 249 Anm 36

66 H.M. (§ 249 S. 2 Unterfall der Restitution)
Palandt-Heinrichs § 249 Bem 2 a; Soergel-R.
Schmidt §§ 249-253 Rdnr 84; RGRK § 249 Anm 36,
41; Esser § 41 II 3 b; Larenz, Lehrbuch des
SchuldR Bd 1 AT.S. 331; Wiese aaO S. 7;
Böttcher VersR 66, 301; Löwe VersR 63, 308.
Fischer aaO S. 209 bezeichnet sie als modifi-
zierte Restituion. Degenkolb AcP 76, 10 führt
aus, daß römische Rechtsprache mit restituere
sowohl Naturalrestitution als Geldersatz ver-
stand.

eine bestimmte Herstellungsmöglichkeit - Form⁶⁷ - dar: § 249 S. 2 BGB gewährt einen Anspruch in Geld auf Herstellung des wirtschaftlichen Zustands, wie er ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre. Die Beziehung zwischen Herstellung und Geldersatz ist also kein krasses Entweder / Oder.

Die Struktur der Beziehungen zwischen Herstellung und Geldersatz läßt sich vielmehr als Beziehung von dreifacher Art skizzieren: als Übergang, als Nebeneinander und als Ineinander⁶⁸.

Die Zahlungen nach § 251 I BGB verkörpern hingegen uneingeschränkt das Ausnahmeprinzip der Geldkompensation; sie lösen den Herstellungsanspruch endgültig ab.

Die qualitative Verschiedenheit⁶⁹ dieser, äußerlich gleichen⁷⁰, Geldersatz-Leistungen tritt insbesondere durch die Bestimmung von

67 Esser, Schuldrecht AT (Überschrift von S. 275) spricht von Herstellung in Geld.

68 Degenkolb AcP 76, 71

69 Die Unterschiedlichkeit beider Geldleistungen wird auch dann deutlich, wenn man § 251 II BGB bei § 249 S. 2 BGB anwendet - BGHZ 5, 105 (109); 30, 29; RGZ 71, 212 (214); 126, 401 (403); OLG Celle VersR 64, 519; RGRK § 249 Anm 36; Fischer aaO S. 211 -. Der Schuldner kann also u.U. den Geldanspruch aus § 249 S. 2 BGB durch den (qualitativ anderen) Geldanspruch aus § 251 II BGB ablösen (vgl a A.v.Tuhr, JherJb 46, 53 N 17).

70 Terminologisch eng Fischer aaO S. 317. Er hält den Ersatz aus § 249 S. 2 BGB nicht für einen Geldersatz, sondern für eine zweckmäßigere Form der Naturalrestitution.

§ 253 BGB zutage. Die Regelung⁷¹, Geldersatz für Nichtvermögensschäden mit Ausnahme besonders angeordneter gesetzlicher Bestimmungen (z. B. §§ 847, 1300 BGB) nicht zu gewähren, tangiert lediglich den Kompensationsanspruch nach § 251 I BGB, nicht aber ohne weiteres den Herstellungsanspruch.

Zunächst kann festgestellt werden, daß der Herstellungsgrundsatz - unstreitig - insoweit als "neutral" bezeichnet werden kann, als er ohne Rücksicht auf die Art des Schadens oder des verletzten Rechtsgutes Anwendung findet; das Herstellungsprinzip gilt daher bei materiellen wie immateriellen Schäden⁷². Der Herstellungsanspruch ist also unabhängig davon gegeben, ob es sich bei dem Schaden um einen ideellen oder materiellen handelt; auch bei ideellen Schäden kommt der Herstellungsanspruch als Anspruchsgrundlage in Betracht (Paradebeispiel: Abgabe einer Widerrufs-erklärung). Problematisch ist aber, ob der Grundsatz der Herstellung auch bei ideellen Schäden uneingeschränkt, d. h. auch in seiner

71 Die ihrerseits selbst von Funktion und Zweckgehalt her lebhaft umstritten ist (vgl etwa Nörr mit ausführlichen wN AcP 158, 2). Zur GG-Problematik vgl insbesondere Horst Kaufmann JuS 63, 373; Wiese aaO S. 37 ff; Grunsky aaO S. 11.

72 BGHZ 20, 70; RG 71, 214; Soergel-R.Schmidt §§ 249-253 Rdnr 83; Palandt-Heinrichs § 253 Anm 2; Staudinger-Werner § 249 Anm 8; Erman-Sirp § 253 Bem 3; RGRK § 253 Anm 1; Esser § 41 II 1, II 3 c, § 42 IV; Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd 1 AT S. 333; Blomeyer § 32 IV 3; Grunsky aaO S. 9; Medicus JuS 69, 452/453; Neumann JherJb 86, 299; vgl a Motive S. 23.

Ausprägung nach § 249 S. 2 BGB gilt⁷³; ob somit bei immateriellen Einbußen der Herstellungsanspruch umfassend, auch die "Herstellung in Geld" nach § 249 S. 2 BGB in sich begreifend, herangezogen werden kann. Anders formuliert: Fraglich ist, ob das Herstellungsprinzip dem Zugriff von § 253 BGB absolut entzogen ist oder ob der Anwendungsbereich von § 253 BGB auch § 249 S. 2 BGB erfaßt.

Die Meinung⁷⁴, die die Regelung von § 253 BGB auch auf § 249 S. 2 BGB bezieht und nur die "direkte" Herstellung nach § 249 S. 1 BGB zuläßt⁷⁵, führt (und hierauf beschränkt sich der Kern der Ausführungen) aus: § 249 S. 2 dürfe als Sondervorschrift nicht dazu verwendet werden, den Grundsatz von § 253 BGB auszuhöhlen⁷⁶; § 249 S. 2 BGB komme bei

-
- 73 H.M. Bötticher VersR 66, 301; Wiese aaO S. 7; Esser § 41 II 1; Medicus, Bürgerliches Recht, § 31 I 1; Soergel-R.Schmidt §§ 249-253 Rdnr 83, 84; Grunsky aaO S. 31; Kreß, Lehrbuch des Allg. SchuldR (1929) S. 347; Fischer aaO S. 199 spricht ausdrücklich von einer Naturalrestitution in Geld; Neumann JherJb 86, 299, 301 - auch nach § 249 S. 2 BGB sei (mittels Naturalrestitution) der rein immaterielle Schaden ersetzbar, wenn er durch die Zahlung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrages gutgemacht werden könne -.
- 74 Askenasy Gruchot 70, 376 N 8; RGRK § 253 Anm 1; (Wohl auch) Palandt-Heinrichs § 253 Anm 1.
- 75 RGRK § 253 Anm 1
- 76 So Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd 1 AT S. 189 noch in der 7. Aufl - in der 10. Aufl fehlen diese Ausführungen -.

ideellen Schäden schon deswegen nicht in Frage, weil hier eine Herstellung in Geld nicht möglich sei, durch Geld lasse sich in diesen Fällen "jener Zustand" überhaupt nicht herstellen - dies sei der Grundgedanke von § 253 BGB⁷⁷. Signifikant sind z. B. die Ausführungen von A s k e n a s y⁷⁸: "Wenn § 249 S. 2 BGB bestimmt: 'Ist wegen einer Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen', so ist zu beachten, daß auch hier der Schadensersatz in Geld einen (mindestens bevorstehenden) V e r m ö g e n s schaden voraussetzt. (§ 847 - Schmerzensgeld - kommt hier, wo es sich um Herstellung oder Geldersatz statt ihrer handelt, nicht in Betracht.) Andernfalls würde für einen Nichtvermögensschaden Geld gegeben, was gegen § 253 verstieße, außer wenn hier eine der Ausnahmen vorläge, die § 253 zuläßt: Dies wird aber mit Recht von keiner Seite angenommen. Setzt aber die Geldzahlung wegen Körperverletzung einen Vermögensschaden voraus, so kann Schadensersatz nur verlangt werden,

77 RGRK § 253 Anm 1; RG WarnRspr 1908 Nr. 58 = SeuffArch 63 Nr. 37; Palandt-Heinrichs § 253 Anm 1 - allerdings hinzusetzend, diese Erwägung sei wenig überzeugend -.

78 Gruchot 70, 376 N 8.

wenn das Geld für die Heilung wirklich verwendet wird, wenn also neben der Verletzung ein V e r - m ö g e n s schaden entsteht. Anders ist es bei Beschädigung eines Gegenstandes: Da hierin bereits ein Vermögensschaden liegt, kann ohne weiteres Schadensersatz dafür verlangt werden, und zwar nach § 249 S. 2 auch in Geld."

Der von A s k e n a s y dargelegten Meinung - schon innerhalb des Herstellungsanspruchs nach § 249 S. 2 BGB sei die Scheidung Vermögensschaden/Nichtvermögensschaden anzusetzen - unterliegen folgende Schwächen: Kaum zu bestreiten ist, daß eine Gesundheitsverletzung (diese kann auch in einer 'bloßen' Körperverletzung bestehen) als solche ein nichtmaterieller Schaden ist^{78a}, und daß der Verletzte die zur Heilung erforderlichen Kosten (für Arzt, Operation, Medikamente etc.) verlangen kann. Behauptet man, die Zahlung nach § 249 S. 2 BGB setze bei einer Körperverletzung einen Vermögensschaden voraus, kann das nur heißen, daß entweder in dem durch die Verletzung hervorgerufenen Kostenbedarf der Vermögensschaden erblickt wird oder die Herstellungskosten selbst als Vermögensschaden^{78b} bezeichnet werden. Dies läuft meines Erachtens letztlich darauf hinaus, daß § 253 BGB praktisch doch "aus

78a vgl N 183

78b So (wohl) auch Askenasy selbst, wenn er Geldersatz nur zubilligt, wenn Geld tatsächlich zur Heilung eingesetzt wird, da hierdurch neben der Körperverletzung ein Vermögensschaden entstehe.

dem Spiel" ist. Die hier vorgenommene Verschiebung des schadensersatzrechtlichen Anknüpfungspunktes, die den ausgelösten Kostenbedarf oder die erforderlichen Herstellungskosten bereits als Vermögensschaden qualifiziert, bewirkt, daß bei ideellen Schäden eben doch die Herstellungskosten zu zahlen wären, ohne daß das dem § 253 BGB entgegenstehen würde. Die oben erwähnte, lapidare Behauptung, bei ideellen Verletzungen sei eine Herstellung in Geld nicht möglich, wird schon durch einen gesetzlich geregelten Fall widerlegt: § 249 S. 2 BGB gewährt bei Verletzungen der Person - wohl unbestreitbar nicht immer Verletzungen materieller Art - einen Geldanspruch auf Zahlung der zur Herstellung erforderlichen Kosten, also der Ausgleichskosten, die gerade die vom Herstellungsgrundsatz geforderte Herbeiführung einer gleichwertigen Lage bewirken. Entrichtet z. B. der Schädiger die zur Heilung einer Gesundheitsstörung erforderlichen Kosten, so bezahlt er die zur Erreichung des vom Herstellungsanspruchs beabsichtigten Ziels - die Heilung des Geschädigten - notwendigen Aufwendungen. Seine Zahlung vermittelt die Herstellung, realisiert auf indirektem Wege, durch die "Herstellung in Geld", den von § 249 BGB geforderten "herzustellenden (Ausgleichs-) Zustand".

Gegen die Meinung, bei ideellen Schäden sei nur der "direkte Herstellungsanspruch" möglich, spricht auch eine Komplikation, die durch die Bestimmung von § 250 BGB aufgeworfen wird. Dies sei am Beispiel einer Beleidigung verdeutlicht: Hält man bei einer Beleidigung nur einen Anspruch auf Abgabe einer Widerrufserklärung (also den "direkten Herstellungsanspruch" nach § 249 S. 1 BGB, nicht aber einen Anspruch auf Ersatz der Beseitigungskosten der Beleidigung - also Herstellungsanspruchsvariante nach § 249 S. 2 BGB) für gegeben, ist zu fragen, was geschieht, wenn der Gläubiger nach § 250 BGB vorgeht: Denn nach erfolgloser Fristsetzung des Anspruchs auf Abgabe der Widerrufserklärung verliert der Gläubiger gemäß § 250 S. 2 BGB seinen ursprünglichen Anspruch. Ihm wird nur noch ein Ersatz in Geld zugebilligt, der - wenn man dies schon für den Anspruch nach § 249 S. 2 BGB behauptet - seinerseits aber § 253 BGB ausgesetzt sein muß. Der Schädiger könnte demnach getrost "untätig" bleiben.

Weiter ist zu berücksichtigen, daß das BGB mit dem Primat der Herstellung nicht nur Art und Weise, sondern auch Umfang der Ersatzleistung bestimmt; sie soll so hoch sein, um das Integritätsinteresse zu wahren⁷⁹.

79 Vgl Medicus JuS 69, 450; Frotz JZ 63, 391; Esser § 41 II 3 b; Bötticher VersR 66, 301.

Der u. U. gegenüber dem Anspruch aus § 251 I BGB wertvollere⁸⁰ Anspruch aus § 249 BGB entspringt einem Schadensbegriff, "der grundsätzlich von den Auswirkungen des haftungsbegründenden Ereignisses im Vermögen des Betroffenen absieht und auf die Beeinträchtigung der Rechtsgüter abstellt (Integritätsinteresse)"⁸¹. F r o t z⁸² führt darüber hinaus aus, es gäbe im System der §§ 249 ff BGB keine Vorschrift - und es könne sie wegen des eindeutigen Vorranges des Herstellungsgrundsatzes auch nicht geben -, die die beiden Formen der Schadensersatzleistung ergebnisbezogen derart koordiniere, daß der Herstellungsaufwand durch die Höhe des Vermögensschadens begrenzt werde.

Der Vorrang des Herstellungsprinzips verbietet daher innerhalb des gesamten, von diesem Grundsatz erfaßten Bereichs die Anwendung der in § 253 BGB unterlegten Kategorie Vermögensschaden. B ö t t i c h e r⁸³ betont, da § 249 BGB umfassend von der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, ausgehe, könne - wegen des hieraus herzuleitenden Schadensabwehrprinzips - auch der immateriell Geschädigte die zur Herstellung erforderlichen Kosten verlangen.

80 S. N 109.

81 Esser § 41 II 3 b; Frotz JZ 63, 391

82 JZ 63, 391

83 VersR 66, 302

E s s e r ⁸⁴ ergänzt, § 253 BGB nehme eine Einschränkung des Grundsatzes vom vollen Schadensausgleich (Totalreparation) vor, indem die Entschädigung in Geld - der Ausgleich nach § 251 BGB, nicht aber nach 249 S. 2 BGB - bei immateriellen Schäden ausgeschlossen werde.

Der vom BGB als Hauptprinzip angeordnete Herstellungsgrundsatz ist also dem Zugriff von § 253 BGB absolut entzogen. Die innerhalb der Herstellung vorzunehmende Zahlung (Herstellung in Geld) berührt § 253 BGB nicht; die im Rahmen der Herstellung geleistete oder zu leistende Zahlung muß sich daher nicht der von § 253 BGB verlangten Scheidung Vermögensschaden / Nichtvermögensschaden unterwerfen.

Der Geschädigte kann auch für einen Nichtvermögensschaden den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen. Dies sei an folgenden, in der Literatur behandelten Beispielen verdeutlicht:

An eine Hausruine ist mit Ölfarbe eine beleidigende Äußerung gemalt worden⁸⁵. Hier kann der Geschädigte nach § 249 S. 2 BGB die zur Beseitigung der Beleidigung erforderlichen Kosten (also gegebenenfalls auch Abbruchskosten der Ruine) verlangen.

84 § 41 II 1

85 Bsp. von Wiese aaO S. 7

Innerhalb - der hier allerdings nicht weiter interessierenden - Problematik der entgangenen Gebrauchsvorteile eines beschädigten Kfz geht B ö t t i c h e r ⁸⁶ mit der herrschenden Meinung davon aus, daß sich § 253 BGB nicht auf § 249 S. 2 BGB beziehe und stützt bei erfolgter Anmietung eines Kfz die Erstattung der Mietwagenkosten auf § 249 S.2 BGB; da insoweit der zur Herstellung eines (von ihm als immaterielle Einbuße gewerteten) Schadens erforderliche Geldbetrag verlangt werde. Ähnlich führt S c h m i d t - S a l z e r ⁸⁷ aus, der Anspruch auf Ersatz der Mietwagenkosten sei auf Herbeiführung eines der Naturalrestitution ähnlichen Zustandes gerichtet und beruhe auf einer entsprechenden Anwendung des § 249 S. 2 BGB.

§ 5

Transformationswirkung von § 251 I BGB

Der Geldersatz innerhalb der Herstellung (er soll als p r i m ä r e r Geldersatz ⁸⁸ bezeichnet werden) erfährt - wie auch generell die Herstellung als solche - seine entscheidende

86 VersR 66, 301/302

87 BB 70, 59

88 Esser bezeichnet ihn als "Geldherstellungsanspruch" (§ 41 II 3 b) und als "subsidiären Herstellungsanspruch" (§ 41 II 4 a). Böttcher VersR 66, 307 spricht von "Geld-Äquivalent des Herstellungsanspruchs". Schmidt-Salzer BB 70, 59 nennt ihn "Quasi-Naturalrestitutionsanspruch".

Modulation durch die Unmöglichkeit der Herstellung, § 251 I BGB. Bei Unmöglichkeit der Restitution (anders formuliert: außerhalb des Rahmens des Erreichbaren⁸⁹⁾ ist ein Herstellungsanspruch und damit zugleich der primäre Geldanspruch ausgeschlossen⁹⁰; es kommt nur noch eine Kompensation in Geld (sie soll als sekundärer Geldersatz⁹¹ bezeichnet werden) in Betracht.

89 Formulierung von Medicus JuS 69, 450.

90 Dazu s. RG HRR 1933 Nr. 1405; RG JW 37, 3223/3224; Frotz JZ 63, 391/393; Esser S. 289; Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd I AT S. 331; Erman-Sirp § 249 Anm 13; Böttcher VersR 66, 301/305; Wiese aaO S. 7; Stoll JuS 68, 504/506; Schmidt-Salzer BB 70, 59 ff.

91 Esser § 41 II 3 b bezeichnet ihn als "durch § 252 BGB modifizierten Geldanspruch". Zeuner AcP 163, 384 N 18 spricht vom "reinen Geldersatz" und stellt ihm Geldersatz gegenüber der "als Mittel der Herstellung" zu verstehen sei. Neumann JherJb 86, 301 N 1 spricht von "materialistischer Geldentschädigung". Medicus JuS 69, 449 bezeichnet ihn als Geldersatz des Vermögensschadens. Die vorgeschlagene Unterscheidung "primärer" und "sekundärer" Geldersatz ist jedenfalls praktikabler und klarer als solche Formulierungen wie "Geldersatz als solcher" oder "§ 249 S. 2 BGB sei kein eigentlicher Fall des Geldersatzes" (so Fischer aaO S. 200).

§ 251 I BGB ist mit dieser Regelung der Unmöglichkeit der Herstellung die entscheidende (und wichtigste) Transformationsstelle⁹² zwischen primärem und sekundärem Geldersatz; sie löst den Zugriff von § 253 BGB aus. Unter Berücksichtigung, daß der Herstellungsgrundsatz auch für Nichtvermögensschäden uneingeschränkt gilt, ist in unserem Zusammenhang feststellenswert, daß somit - da es innerhalb des Herstellungsprinzips einen primären Geldersatz gibt - der Einsatz von Geld auch bei ideellen Schadenseinbußen durchaus ein mögliches Mittel sein kann, um den von § 249 S. 1 BGB geforderten "herzustellenden Zustand" realisieren zu können. Ein Geldersatz für ideelle Schäden ist erst dann den Bestimmungen von § 253 BGB ausgesetzt, wenn der primäre Geldanspruch durch den sekundären abgelöst wird; wenn also die Herstellung dieses Zustands nicht möglich ist, sich nicht innerhalb des Rahmens des Erreichbaren bewegt.

92 Vgl a Esser § 41 II 4; RGRK § 249 Anm 41; Larenz, Festschrift Oftinger, S. 160/161 spricht von der Umschaltung von der grundsätzlich geschuldeten Naturalherstellung (und dem der noch möglichen Naturalherstellung dienenden Geldanspruch des § 249 S. 2 BGB) auf die Geldentschädigung im Sinne des § 251 BGB.

Die Entscheidung über die mögliche oder unmögliche Herstellbarkeit (und damit die Entscheidung über das Vorliegen eines primären oder sekundären Geldanspruchs) befindet sich folglich vorrangig⁹³ über die Erstattungs-fähigkeit ideeller Einbußen; ist der Regelung von § 253 BGB vorgelagert⁹⁴.

Nur für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung kommt die von Rechtsprechung und Literatur breit erörterte und schwierige Vermögensschaden-Problematik zum Zuge⁹⁵. Die Erörterung des Unmöglichkeitsbegriffs der Herstellung⁹⁶ - insbesondere unter dem

93 Die Vorrangigkeit wird auch deutlich bei nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen (aber) m ö g l i c h e r Herstellung. Hier kann sich der Schuldner dem Herstellungsanspruch nur durch Anbieten eines Geldersatzes gem § 251 II, für den dann aber § 253 nicht gilt, entziehen (vgl Fischer aaO S. 316).

94 Anklänge bei Neumann JherJb 86, 301 N 1

95 Esser § 41 II 4: Nur § 251 BGB zielt auf Ersatz des Vermögensschadens, §§ 249 S. 2, 250 BGB, hingegen auf Ersatz der Reparationskosten ab.

96 Das österreichische Recht spricht von "Nicht-Tunlichkeit" der Herstellung, § 1323 ABGB.

Aspekt der Unmöglichkeit der Herstellung bei Nichtvermögensschäden - führt hingegen ein kaum beachtetes Schattendasein⁹⁷.

97 Vgl etwa Staudinger-Werner § 251 Anm 3 - neben einigen Beispielen beschränken sich die Ausführungen sachlich auf die Feststellung, Unmöglichkeit könne auf natürlichen und juristischen Gründen beruhen. Oder die knappen Ausführungen Fischers aaO S. 207 in seiner umfangreichen Monographie: Da das Gesetz Naturalrestitution angeordnet habe, müsse es eine Bestimmung für den Fall treffen, wenn diese unmöglich sei, da Unmögliches nicht verlangt werden könne. Planck § 251 S. 91 lapidar: § 251 I setze objektive Unmöglichkeit voraus. Palandt-Heinrichs § 251 Anm 1 a verweisen auf Kommentierung zu § 275: Die Unmöglichkeit könne auf verschiedenen Gründen beruhen. RGRK § 251 Anm 2: Die Unmöglichkeit könne auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruhen (s. dort auch Einzelfälle aus RG-Rspr zur Unmöglichkeit bei ideellen Schäden, Anm 12, 13, 15); entscheidend seien im übrigen wirtschaftliche Gesichtspunkte. Die Herstellung sei solange und insoweit möglich, als sich wenigstens wirtschaftlich ein dem § 249 S. 1 BGB entsprechender Zustand herstellen lasse mwN. Insgesamt beschränkt sich die Erörterung überhaupt fast ausschließlich darauf, ob die Restitution objektiv unmöglich sein müsse - so Planck-Siber § 251 Anm 2 a alpha; Kreß, Allgemeines SchuldR (1929) S. 351; vgl a Staudinger-Werner § 251 Rdnr 3 ff; a.M. Palandt-Heinrichs § 251 Anm 1 a; Degenkolb AcP, 58 ff, 62/63 unterstreicht den subjektiven Charakter der Unmöglichkeit; v. Tuhr KrVJSchr 47, 67 N 1 will hierbei sogar auf das Affektionsinteresse abheben -. Bötticher VersR 66, 308 führt aus: Es sei schwer tragbar, daß allein die im Zeitpunkt des Schadenseintritts bestehende Unmöglichkeit darüber entscheiden solle, ob der geringere (§ 251 I BGB) oder höhere (§ 249 S. 2 BGB) Anspruch gegeben sei.

Neben der kritischen Feststellung des "freien Operierens"⁹⁸ mit der Unmöglichkeit der Herstellung - als einfache und schnelle Methode, um zu einem Geldanspruch zu gelangen⁹⁹ - wird ausgeführt, die besondere Natur ideeller Schäden bedinge a priori die Unmöglichkeit der Herstellung; ein Geldersatz sei von vornherein ausgeschlossen, da hier Geld grundsätzlich keine Herstellung bewirken könne¹⁰⁰.

Fischer¹⁰¹ trifft darüber hinaus die Feststellung, bei Genüssen sei eine Herstellung häufig deswegen unmöglich, weil durch sie eine gegenüber dem früheren Zustand verbesserte Lage des Geschädigten geschaffen werde.

Ehe der Versuch einer Ausleuchtung der Frage unternommen werden soll, ob nicht der Rahmen der Herstellbarkeit eines Ausgleichszustands bei bestimmten ideellen Einbußen demgegenüber weiter zu ziehen ist, soll kurz auf den Hintergrund der Regelung von § 251 I BGB eingegangen werden. Ein solches Vorgehen mag für die weitere Untersuchung wichtige Fingerzeige geben.

98 Degenkolb AcP 76, 45. Er spricht (aaO S. 48) von der "Maske angeblicher Unmöglichkeit"; die mögliche werde, wo sie unzweckmäßig erscheine, zur unmöglichen Restitution gestempelt (vgl. a S. 58, 59). Eine noch stärkere Tendenz hatte insoweit v. a. die abstrakte Schadensauffassung. Dies wird insbesondere bei deren Schwierigkeit mit Vorteilsausgleichung sichtbar (vgl. Fischer aaO S. 221; Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 228, 229).

99 Vgl. Degenkolb AcP 76, 63/65/82.

100 Vgl. Palandt-Heinrichs § 253 Anm 1; RGRK § 253 Anm 1

101 Fischer aaO S. 175.

§ 6

Interessenlage von § 251 I BGB

a) § 251 I BGB will - anders als § 251 II BGB¹⁰² - die Interessen des Gläubigers schützen¹⁰³. Er stellt klar, daß der Schädiger für den Fall einer unmöglichen Herstellung nicht von der Verpflichtung zum Schadensersatz frei wird¹⁰⁴. Mehr als eine solche Klarstellungsfunktion ist § 251 I BGB insoweit wohl kaum zuzuerkennen. Bedenkt man, daß vom Schuldner eine unmögliche Leistung - impossibilium nemo obligat - überhaupt nicht verlangt werden kann¹⁰⁵ und schädigt der Schuldner in so großem Umfang, daß eine

102 Dazu v.a. Medicus JuS 69, 449 ff; § 251 II BGB bedeute Anerkennung einer Opfergrenze für Schädiger. Es gehe hierbei insbesondere darum, ob der Schädiger statt "kostspieliger Restitution" auf Entschädigung in Geld ausweichen könne. Zu der Problematik von § 251 II bei ideellen Schäden (aaO S. 453).

103 Staudinger-Werner § 251 Anm 2; Palandt-Heinrichs § 251 Anm 1; Pieper JuS 62, 410. § 251 II BGB kann insoweit als genaues Gegenstück zu § 251 I BGB bezeichnet werden, als hier die Transformation von primären in sekundären Geldersatz im Interesse des Schuldners vorgenommen wird. Das ist aber ein weiteres Argument dafür, daß die in § 251 I BGB erfolgende Transformation - da der Schuldner in § 251 II BGB schon hinreichend geschützt ist - im Interesse des Gläubigers ausgelegt werden muß und sich nicht gegen ihn kehren darf (s. dazu a unten)-.

104 Staudinger-Werner § 251 Anm 2

105 Blomeyer § 19 II 1, § 26 I; vgl a Fischer aaO S. 207.

Herstellung nicht mehr möglich ist, so würde es schon dem Ausgleichszweck¹⁰⁶ des Schadensersatzes diametral entgegengesetzt sein, wenn der Schuldner bei unmöglicher Herstellung gänzlich von einer Ersatzleistung freigestellt wäre.

Jedenfalls ist die zuvor beschriebene Funktion von § 251 I BGB, die Transformierung von primärem in sekundären Geldersatz, bedeutsamer als die letztlich nahezu mit Selbstverständlichkeit dem Wesen des Ersatzrechts einhergehende Folgen, daß der Schädiger bei unmöglicher Herstellung nicht ohne weiteres leistungsfrei wird.

Stärker als diese Klarstellung indizieren die von § 251 I BGB weiter getroffenen Bestimmungen, "soweit die Herstellung nicht möglich" oder "zur Entschädigung nicht genügend" ist, ist der Geschädigte in Geld (sekundärer Geldersatz) zu entschädigen, den von dieser Norm beabsichtigten Schutz der Interessen des Gläubigers¹⁰⁷.

Die "soweit"-Formulierung deutet zumindest insoweit auf ein durchaus dynamisches Verständnis des Gesetzgebers bezüglich der

106 S. dazu u.

107 Der Zweck von § 251 I BGB ist insoweit: für Herbeiführung eines möglichst vollkommenen gleichwertigen wirtschaftlichen Zustands für den Gläubiger zu sorgen (vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht Bd 2 § 18 III).

Unmöglichkeit der Herstellung hin. Bei teilweise unmöglicher Herstellung kommt neben dem Herstellungsanspruch¹⁰⁸ (also auch neben dem primären Geldersatz) für den "ausgefallenen" Teil ein sekundärer Geldersatz in Betracht. Entsprechendes gilt für den Fall, daß mit der Herstellung noch nicht alle Schäden, die der Verletzte erlitten hat, abgedeckt worden sind. Für den überschießenden Teil wird gleichfalls ein sekundärer Geldersatz zugebilligt.

b) Berücksichtigt man aber diese, § 251 I BGB hintergebene Interessenlage und den dargelegten Umstand, daß der primäre Geldersatz ungleich wertvoller¹⁰⁹ als der dem Zugriff von § 253 BGB ausgesetzte sekundäre ist, läßt sich der merkwürdig erscheinende Effekt verzeichnen, daß der Gläubiger den primären geltend machen kann, wenn der Schädiger "weniger" verletzt oder sich die Verletzung auf ohne weiteres "herstellungsfähige" (mit "herstellungsfähig" ist die Erreichbarkeit eines Ausgleichszustands gemäß § 249 S. 1 BGB gemeint) Güter oder Positionen bezieht.

108 S. N 46

109 Bötticher VersR 66, 308 spricht von höherem (§ 249 S. 2 BGB) und geringerem (§ 251 I BGB) Anspruch. Vgl a Frotz JZ 63, 391; RG HRR 1933, 1405; Esser § 41 II 3 b.

Bewirkt der Schädiger "mehr"¹¹⁰, verletzt er bis zur Unmöglichkeit der Herstellung der beeinträchtigten Gläubiger-Position oder bezieht sich die Verletzung auf solche Güter, die - wie die ideellen in der Regel - als von vornherein "nichtherstellungsfähig" angesehen werden, steht sich der Gläubiger weitaus schlechter; er hat lediglich einen sekundären Geldanspruch, muß sich auf die Erstattung erlittener Vermögensschäden beschränken lassen.

Insbesondere die bloße Tatsache eines Zeitablaufs ist es, auf die die (angebliche) Unmöglichkeit der Herstellung - also die Qualifizierung als "nichtherstellungsfähig" i. S. des Ausgleichszustands - bei als ideelle Schäden verstandenen Beeinträchtigungen gegründet wird:

Im Falle einer entzogenen Theaterkarte wird z.B. von Askenasy die Ansicht vertreten, eine Herstellung sei dann unmöglich, wenn die Veranstaltung bereits stattgefunden habe¹¹¹. Die

110 Ähnliche Erscheinungen treten bei dem Umstand zutage, daß dem Täter die Tötung eines Menschen haftungsrechtlich oft "billiger" zu stehen kommen kann als eine Verletzung, die umfangreiche Heilungskosten erfordert (vgl. Rother, Haftungsbeschränkung, S. 245).

111 Gruchot 70, 379/380. Derjenige, der selbst die Vorstellung besuchen (also nicht die Karte weiter verkaufen) wollte, habe durch die Tatsache des Stattfindens der Aufführung einen immateriellen, nicht erstattungsfähigen Schaden erlitten. Nur wenn dieselbe Aufführung noch einmal unter gleichen Umständen stattfinde, sei durch Beschaffung einer Karte zu dieser evtl. ein Quasi-Naturalersatz möglich.

Hinhaltetaktik des Diebes z. B. würde dann dazu führen, daß der Geschädigte nur noch einen sekundären Geldanspruch hätte und - bei Zugrundelegung eines bestimmten Vermögensschadensbegriffs¹¹² - leer ausgehen würde.

Für den Fall vergeudeter Urlaubstage ist M a m m e y¹¹³, ohne eine weitere Begründung dafür zu geben, der Auffassung, hier sei es (infolge des Zeitablaufs) nicht möglich, den nach § 249 S. 1 BGB herzustellenden Zustand herbeizuführen, da die Urlaubstage unwiederbringlich verloren seien. Er übersieht, daß es das Ziel des Herstellungsanspruchs weder ist noch sein kann - denn sonst würde er Unmögliches beabsichtigen -, Geschehenes ungeschehen machen zu wollen.

B ö t t i c h e r¹¹⁴ z. B. verneint einen Ersatz für entgangene Nutzungsmöglichkeiten bei Nichtanmietung eines Ersatzwagens (bei Anmietung bejaht er einen auf § 249 S. 2 BGB gestützten Anspruch¹¹⁵) mit der Begründung, die Herstellung dieses als ideelle Beeinträchtigung verstandenen Schadens sei für die Vergangenheit nicht möglich. Jeder Tag wäre dann also für den Schädiger ein Gewinn, da insoweit die Herstellung als unmöglich anzusehen wäre¹¹⁶.

112 So z. B. Askenasy Gruchot 70, 379/380/382

113 NJW 69, 1150

114 VersR 66, 301 ff (302, 305)

115 aaO S. 302

116 Böttlicher aaO S. 305; kritisch dazu Grunsky aaO S. 31, 32

Ähnlich liegt es wohl, wenn in der Rechtsprechung bei durch Beschädigung eines Kfz entgangenen Gebrauchsvorteilen ein Ersatz dann verneint wird, falls zugleich dessen Eigentümer verletzt worden ist; hier entfallen Nutzungswille und -möglichkeit¹¹⁷. Die (verletzungsbedingte) Unmöglichkeit der Sachnutzung wird aufgegriffen, um den entgangenen Nutzungen die Eigenschaft eines Vermögensschadens abzusprechen. Da der nunmehr allein übrig bleibende der beiden in solchen Fällen prinzipiell in Betracht kommenden Gesichtspunkte - Gebrauchsvorteile können durch Beschädigung der Sache oder aber durch Verletzung der Person des Vermögensträgers¹¹⁸ entgehen - in diesem Fall nicht weiter verfolgt wird, läßt dies die Vermutung zu: Die dem Eigentümer gerade infolge seiner Verletzung (persönlich) entgehenden Gebrauchsvorteile seien als ideelle Schäden^{118a} anzusehen; die Unmöglichkeit der Herstellung resultiere aus dem (verletzungsbedingten) Zeitablauf.

Überträgt man diese Korrektive (Nutzungswille und -möglichkeit) auf den obigen Theaterkartenfall, so wäre der Dieb, der bei Wegnahme der Karte den Berechtigten (noch zusätzlich) "krankenhausreif" geschlagen hat, schon vor Stattfinden der Vorstellung nur einem sekundären Geldersatz ausgesetzt.

117 BGHZ 45, 212 (219); BGE BB 68, 768 = NJW 68, 1778 mit Anm Martens; BGH NJW 70, 1412; BGH NJW 71, 1692. Literaturhinweise bei Schmidt-Salzer BB 70, 62 N 90. Hiergegen Grunsky aaO S. 37, 42-45 insbesondere mit der Erwägung, man käme sonst zu dem unüberzeugenden Ergebnis, daß bei schweren Unfällen mit Personenschaden ein Ersatzanspruch wegen entgangener Gebrauchsvorteile nicht gegeben wäre, während er bei leichten, nur zu Sachschaden führenden Fällen zugesprochen würde; vgl a Hamann NJW 70, 889.

118 So der sog. Jagdfall BGH JZ 71, 591 = NJW 71, 796

118a So der BGH im Jagdfall aaO S. 592

Ein Beispiel, das eine recht unglückliche Handhabung des Unmöglichkeitbegriffes ausweist, bildet v. T u h r ¹¹⁹:

A erschießt seinen Hund, dem X eine heilbare, aber schmerzhaft Verletzung zugefügt hatte, um ihm die Schmerzen zu ersparen. Hätte A zuerst die Herstellungskosten verlangt, hätte er mit dem Tier machen können, was er wollte. Verlangt A diese nicht sofort, muß X nichts zahlen, da die Herstellung - durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand - unmöglich geworden sei. Bei unheilbarer Verletzung wäre hingegen trotz Tötung der Wert des Hundes zu ersetzen, denn durch unheilbare Verletzung sei der Wert des Tieres auf Null herabgesetzt, so daß die Tötung den Schaden nicht vergrößert habe.

Die zugunsten des Gläubigers getroffene Regelung von § 251 I BGB kann sich also unter Umständen - insbesondere über die (vorschnell angenommene) Unmöglichkeit der Herstellung - gegen ihn selbst kehren. Dieser oben aufgezeigte Effekt kollidiert aber mit dem von § 251 I BGB ins Auge gefaßten Interessenschutz.

Im Ergebnis läuft dies m. E. darauf hinaus, daß bei einer bestimmten Schadensgruppe (den ideellen Einbußen) der erst von § 251 II BGB - hier kann bei unzumutbarem Herstellungsaufwand der Schuldner selbst den primären in einen sekundären Geldersatz transformieren - erfaßte Schuldnerschutz praktisch weitgehend schon in § 251 I BGB, also einer ganz anderen Interessen dienenden Regelung, Berücksichtigung findet; und zwar insbesondere dadurch, daß der Beurteilung der Möglichkeit der Herstellung bei diesen Schäden ein enges Verständnis unterliegt, daß - anders formuliert -

119 KrVJSchr 47, 80/81

die Frage der Herbeiführbarkeit des Ausgleichszustands, des "herzustellenden Zustands" i. S. von § 249 BGB, für einen ideellen Schaden ohne weiteres verneint wird.

Hebt man aber bei § 251 I BGB systemwidrig auf das Moment des Schuldnerschutzes ab, so stellt sich dann überhaupt die Frage, ob § 251 I BGB insoweit nicht deckungsgleich mit der Bestimmung von § 251 II BGB ist. Unmögliches herzustellen wird in der Regel jedenfalls immer auch unzumutbar (= unverhältnismäßiger Herstellungsaufwand) sein¹²⁰. Die Unzumutbarkeit selbst¹²¹ ist darüber hinaus eine der wesentlichsten Kategorien bei der Beurteilung der Unmöglichkeit einer Leistung. Auch die Funktion von § 251 II BGB beweist, daß die Bestimmung von § 251 I BGB ausschließlich im Interesse des Gläubigers

120 Vgl Degenkolb (eine Entscheidung des Preuß. Obertribunals anführend) AcP 76, 62 N 109.

121 Schon G. Hartmann, Die Obligation S. 166 ff, S. 192 ff, 196 ff und Degenkolb AcP 76, 58/59 führten aus, daß sich hinter den Begriffen Möglichkeit/Unmöglichkeit nur der Gegensatz zwischen den Schwierigkeiten verberge, deren Überwindung zumutbar bzw. unzumutbar sei. Vgl a Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, S. 2 ff (9). Er stützt seine Definition der Unmöglichkeit ausdrücklich auch auf § 251 II BGB (S. 5 N 8); hiergegen Kisch KrVJSchr Bd 44, 509 f (510/511). Andererseits half man sich zur Zeit der Geltung des ALR, das eine Regelung i. S. von § 251 II nicht kannte, mit einer Fiktion der Unmöglichkeit (vgl Fischer aaO S. 210 N 20 mwN).

gesetzt und demnach interessengemäß auszulegen ist. § 251 I BGB stellt klar, daß der Schuldner bei nicht möglicher Herstellung nicht ohne weiteres leistungsfrei wird und eröffnet für den Gläubiger die Möglichkeit, neben dem Herstellungsanspruch (soweit die Herstellung nicht möglich oder genügend ist) Geldersatz zu verlangen¹²².

c) 1. Will man der Interessenlage von § 251 I BGB besser gerecht werden, bieten sich folgende dogmatische Wege an.

G r u n s k y ¹²³ will die zwischen dem Ersatzanspruch nach § 249 S. 2 BGB und der Möglichkeit der Herstellung bestehende Bindung - also den transitorischen Charakter des Anspruchs¹²⁴ - für bestimmte vom Zeitfaktor entscheidend abhängige Fälle lösen. Er führt von der Fallgruppe "entgangene Nutzungsmöglichkeiten" ausgehend aus:

Die hier interessierenden Fälle unterscheiden sich von anderen Sachverhalten, "in denen nach § 249 S. 2 BGB der zur Beseitigung eines immateriellen Schadens erforderliche Geldbetrag verlangt werden kann. Da hier der bloße Zeitablauf auf die Möglichkeit der Naturalrestitution keinen Einfluß hat, geht es an, den

122 S. oben

123 aaO S. 32

124 Böttcher VersR 66, 301 (302)

Ersatzanspruch aus § 249 S. 2 mit dem Weiterbestehen des Anspruchs auf Naturalrestitution zu koppeln und beide Ansprüche in dem Augenblick entfallen zu lassen, in dem die Wiederherstellung des alten Zustands nicht mehr möglich ist. Soweit die Naturalrestitution dagegen entscheidend vom Zeitfaktor abhängt, kann diese Koppelung nicht befriedigen"¹²⁵.

G r u n s k y sieht zwei Wege, die zwischen dem Anspruch aus § 249 S. 2 BGB und der Möglichkeit der Herstellung bestehende Koppelung zu unterlaufen. Zum einen zieht er eine Analogie zu § 1613 BGB - der Schuldner dieses Unterhaltsanspruchs habe nicht die Möglichkeit, den Anspruch dadurch zu vernichten, daß er einfach nicht leiste¹²⁶ -, zum anderen will er § 249 S. 2 BGB mit § 280 BGB verbinden¹²⁷ - der Schuldner habe den Untergang des Anspruchs zu vertreten, wenn er den vom Fortbestand des Anspruchs auf Naturalrestitution abhängigen Geldanspruch aus § 249 S. 2 BGB nicht befriedige und somit zum Erlöschen bringe. G r u n s k y will diesen Gedankengang (§ 249 S. 2 iVm § 280 BGB) auch bei Ausfall der Arbeitskraft anwenden¹²⁸.

Beide Wege beschränken (und darin liegt m. E. ihr wesentlicher Nachteil) sich aber erkennbar auf Fälle, in denen die Möglichkeit der Her-

125 aaO S. 32

126 aaO S. 32/33

127 aaO S. 33

128 aaO S. 33 N 88 a

stellung entscheidend vom Zeitfaktor abhängt. Hierunter versteht G r u n s k y Sachverhalte¹²⁹, in denen eine geschuldete Leistung den Bedarf für einen bestimmten Zeitraum befriedigen soll und der Schuldner deswegen in Versuchung gerate, sich seiner Verpflichtung zu entziehen. G r u n s k y wendet sich also nicht so sehr dagegen, daß die bloße Tatsache des Zeitablaufs schon zur Annahme der Unmöglichkeit der Herstellung führt, sondern er will vermeiden, daß sich der Schuldner durch Nichtbefriedigung von einer Ersatzpflicht nach § 249 S. 2 BGB befreien kann. Die Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden zeichnen sich aber gerade nicht dadurch besonders aus, daß es hier um die Deckung eines Bedarfs für einen bestimmten Zeitraum geht: Der Zeitfaktor spielt in diesen Fällen nur insoweit eine Rolle, als er zur Annahme der Unmöglichkeit der Herstellung herangezogen wird. Die Lösung von G r u n s k y erfaßt schließlich nicht die Fälle, in denen die Unmöglichkeit auf die Verletzung des Berechtigten der beeinträchtigten Position (etwa der Theaterkarteninhaber) selbst gegründet werden könnte^{129a}.

129 aaO S. 32

129a Dazu oben S. 55

2. Einen anderen Weg stellt die Annahme der Herstellbarkeit eines Ausgleichszustands bei bestimmten (ideellen) Schäden dar. Will man dem von § 251 I BGB beabsichtigten Schutz - und dies ist ein wichtiger gewonnener Richtpunkt - Rechnung tragen, muß man bei der Erörterung der Unmöglichkeit der Herstellung in diesen Fällen auf die aufgezeigte Interessenlage abheben¹³⁰. Hiermit ist aber ein enger, mechanistischer (oder allzu sehr naturgesetzlich gedeuteter)¹³¹ Unmöglichkeits-

130 Der Substanz nach entspricht dieser Argumentation der Berücksichtigung der aufgezeigten Interessenlage der zu § 250 geführten: die Meinung, die den Geldanspruch aus § 250 innerhalb der Herstellung - also als weiteren Fall eines primären Geldersatzes - ansiedelt (Esser § 41 II 3 c; Frotz JZ 63, 391; a.M. Staudinger-Werner § 250 Anm 2), führt v.a. an, daß man anders zu einer noch weitgehenderen Einschränkung der Ersatzberechtigung bei immateriellen Schäden käme, da § 253 BGB eingreife: § 250 BGB solle aber die Stellung des Gläubigers verbessern und nicht verschlechtern.

131 Grunsky (seine zu §§ 275, 280 BGB gemachte Bemerkung trifft auch hier zu) aaO S. 33. Aber auch bei ihm sind noch Anklänge des engen mechanistischen Unmöglichkeitsbegriffes festzustellen. Wenn Grunsky die Problematik, die sich aus der Abhängigkeit des Anspruchs aus § 249 S. 2 BGB von der Möglichkeit der Herstellung ergibt, und die u. U. dazu führen kann, daß der Schädiger den Ersatzanspruch durch Nichtbefriedigung zum Erlöschen bringen kann, mit einer Haftung des Schädigers aus § 249 S. 2 i V mit § 280 BGB lösen will, unterlegt er selbst einen sehr engen Unmöglichkeitsbegriff (Unmöglichkeit durch bloßen Zeitablauf) und verkennt meines Erachtens, daß § 251 I insoweit gegenüber §§ 275, 280 BGB lex specialis ist. Zuzustimmen ist allerdings seiner Grundüberlegung, daß der Schädiger nicht durch Nichtbefriedigung den Anspruch zum Erlöschen bringen dürfe.

begriff¹³², dem vor allem die Annahme zugrunde liegt, solche Positionen seien a priori "nichtherstellungsfähig"¹³³ oder würden schon durch die bloße Tatsache eines Zeitablaufes ihre "Herstellungsfähigkeit" verlieren¹³⁴ - letztlich liegt hier ein gegen den Interessenschutz von § 251 I BGB verstoßendes mehr oder weniger "freies Schalten und Walten" mit dem Unmöglichkeitsebgriff vor - kaum zu vereinen.

-
- 132 Degenkolb AcP 76, 63/65 spricht von Beengung durch formalen Gegensatz Möglichkeit/Unmöglichkeit. Signifikant sind die Meinungen: Herstellung sei auch dann unmöglich, wenn nur ein besserer als der frühere Zustand hergestellt werden könne (vgl dazu und zur Gegenmeinung Baur aaO S. 36); oder Restitution sei bei früheren Schäden unmöglich (Neumann JherJB 86, 303; Planck-Siber § 249 Anm 3 a alpha); oder bei Zerstörung einer Speziessache sei Restitution wegen objektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen (Schollmeyer § 251 I a; Planck-Siber § 249 Anm 2 c); oder Herstellung könne deswegen unmöglich sein, weil sie keinen genügenden Ausgleich gewähre (Fischer aaO S. 175 - er übersieht "soweit"-Formulierung von § 251 I-).
- 133 Vgl z.B. Fischer aaO S. 315, 261, der lapidar feststellt, die Restitution sei aber vielfach wegen der eigenartigen Natur des Nichtvermögensschadens unmöglich; der reine Vermögensschaden sei hingegen nie irreparabel. Bindung, Normen I S. 170 f - die Ehrverletzung sei ein irreparables Übel -.
- 134 S. oben. Vgl a BGH VersR 64, 227.

In diesen Zusammenhang gehört z. B. die These, Geldersatz sei bei Nichtvermögensschäden ein Unding, da immaterielle Güter und Geld unvergleichbare Größen seien¹³⁵. S t r a s s e r¹³⁶ bekennt demgegenüber ehrlich: "Der Satz, daß es bei immateriellen Interessen kein allgemein anerkanntes Tauschmittel gebe - hierauf beruhe Unherstellbarkeit - habe nicht logischen, sondern weltanschaulichen und bekennnishaften Charakter."¹³⁷

Bringt man zusätzlich zu dieser Interessenlage die oben zur Herstellung angestellten Überlegungen in Ansatz, daß

- a) nicht "Wiederherstellung" gefordert werden kann (Herstellung bedeutet also nicht "Negation" des geschaffenen Zustandes),
- b) unter Restitution vielmehr die Herstellung eines wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes zu verstehen ist,
- c) die dynamisch verstandene Herstellung durchaus sowohl in wirtschaftlich guten als auch schlechten Zeiten ein geeignetes Mittel zur Erreichung des ersatzrechtlichen Ausgleichszwecks darstellen kann,

135 Vgl etwa Degenkolb AcP 76, 22-25; Fischer aaO S. 267

136 Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht S. 17

137 Gegenüber dem Einwand, ideelle Schäden seien nicht durch Geld ersetzbar, weist Nörr AcP 158, 2 mwN auf die (in der englischen und französischen Rspr. angesprochene) Feststellung hin, es sei paradox, überhaupt keinen Ersatz zu gewähren, weil der Geldersatz den Schaden nicht decken könnte.

so wird hiermit ein Herstellungsverständnis signalisiert, das auch auf die Formel der Unmöglichkeit der Herstellung von Einfluß ist. Befreit man sich von der mechanistischen Konzeption der ("einfachen") Rückgängigmachung von Geschehenem bzw. davon, Geschehenes zumindest auf hypothetischem Wege ungeschehen machen zu wollen und unterlegt die dargestellte wirtschaftliche Herstellungsformel, bedeutet dies:

- a) daß auch bei ideellen Schäden die Unmöglichkeit der Herstellung sich danach richtet, ob die Herstellung eines (wirtschaftlich) gleichwertigen (Ausgleichs-)Zustandes erreichbar ist oder nicht; daß auch für die Beurteilung der Unmöglichkeit selbst wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sind: Eine Herstellung daher so lange und insoweit erreichbar ist, als sich wenigstens unter Einsatz wirtschaftlicher Mittel ein dem erlittenen Schaden gleichwertiger (Ausgleichs-)Zustand herstellen läßt.
- b) bei der Beurteilung der Unmöglichkeit ist also nicht nur auf den erlittenen Nachteil selbst abzuheben, sondern auch auf die Frage, ob mit bestimmten (und gegebenenfalls welchen) Ausgleichsmöglichkeiten eine Herstellung erreichbar ist.

Die spezifische Natur einer erlittenen Einbuße (ideellen Charakters - etwa Urlaubsgenuß) darf also nicht die sozusagen vorweggenommene Entscheidung über die Unmöglichkeit der Herstellung einer (Ausgleichs-)Lage darstellen. Der erlittene Nachteil ist vielmehr Einsatz- und Begrenzungsfaktor¹³⁸, an den sich die Frage anschließt, ob bestimmte Ausgleichsmöglichkeiten bestehen, die eine dem ideellen Schaden gleichwertige wirtschaftliche Lage erreichen können.

Der Argumentation, ideellen Schäden sei infolge ihrer spezifischen Natur die "Nichterstellungsfähigkeit" eines (Ausgleichs-)Zustandes immanent, unterliegt letztlich die oben kritisierte, enge "Wiederherstellungsthese". Da hier - zumindest hypothetisch - beim Ungeschehenmachen von Geschehenem angesetzt wird, ist folgerichtig der erlittene Nachteil bzw. dessen Natur selbst ausschließlicher Ausgangspunkt bei der Beurteilung der Unmöglichkeit der Herstellung. Anders formuliert: Es wird nur auf eine Bezugsgröße, den Zustand "erlittener Schaden", nicht aber auf die andere Bezugsgröße, den "herzustellenden (A u s g l e i c h s -) Zustand", genügend abgestellt. Daß aber die Natur eines Schadens schon von vornherein über die andere Bezugsgröße "herzustellender Zustand" entscheidend befinden soll, ist schon deswegen

138 Vgl Baur aaO S. 41: § 249 S. 1 BGB sei (zum einen) Leitsatz für die Berechnung der Schadenshöhe und gelte als solcher auch für den Geldersatz. Zur Maßfunktion des Schadens vgl a Mertens aaO S. 100.

abzulehnen, weil letztere Größe wandelbaren sozialen, gesellschaftlichen, ökonomischen Verhältnissen unterliegt¹³⁹ (dies beweisen schon die erwähnten wirtschaftlichen Notzeiten) und - da die Herstellung auf einen wirtschaftlich gleichwertigen Zustand abzielt - auch unterliegen muß, denn die Frage der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit ist eben zeitbedingten Einflüssen ausgesetzt.

Um der Bedeutung der Bezugsgröße "herzustellender Zustand" mehr Nachdruck zu verleihen, fordert Z e u n e r¹⁴⁰ daher ein "Zueinander-in-Bezug-Setzen" von konkreten Zuständen, denn nur unter diesem Blickwinkel werden man der Erfassung von Nichtvermögensschäden gerecht. Dies klingt auch bei den Ausführungen von G r u n s k y¹⁴¹ an, wenn er darlegt, es müsse auf ein anderes Kriterium abgestellt werden, nämlich den Umstand, "ob die Beeinträchtigung gegen Geld ausgeglichen werden könne". B ö t t i c h e r¹⁴² betont, § 249 BGB spreche nicht von Wiederherstellung, sondern umfassend vom "herzustellenden Zustand". Von Ansatz her hebt M a m m e y für den Urlaubsschadensfall insoweit überzeugend hervor, der Geschädigte könne an sich den Urlaub auf Kosten des Schädigers nachholen¹⁴³.

139 Mertens aaO S. 118 spricht von der "natürlichen Hermeneutik" der sozialen Lebenswelt.

140 AcP 163, 382

141 aaO S. 36 (allerdings innerhalb des Vermögensschadensbegriffs).

142 VersR 66, 302

143 NJW 69, 1150; ebenso Palandt-Heinrichs Vorbem § 249 2 dd. Weniger überzeugend ist hingegen die gezogene Folgerung, dies spreche für die Anerkennung eines Urlaubsschadens als Vermögensschaden (aaO).

Gerade der Anspruch des Geschädigten auf Nachholung seines Urlaubs macht aber ganz deutlich, daß es bei dem Ziel des Herstellungsanspruchs nicht um Wiederherstellung eines in der Vergangenheit liegenden, um das schädigende Ereignis "subtrahierten", Zustands geht - die Rückblendung auf den "alten" Zustand ist vielmehr nur Bemessung der Höhe des "Wiedergutzumachenden" erforderlich -, sondern um einen Anspruch des Geschädigten auf einen zukünftigen Zustand. Der Urlauber, der z. B. durch die Schädigung drei Urlaubstage verliert, will gerade durch das Nachholen von drei Urlaubstagen einen gleichwertigen Ausgleichszustand herbeiführen; die Nachholung realisiert also den von ihm beanspruchten "herzustellenden Zustand".

Die Unterscheidung zwischen den Bezugsgrößen "erlittener Schaden" und "herzustellender Zustand" (mit letzterem ist der vom Herstellungsanspruch ins Auge gefaßte Ausgleichszustand gemeint) bei der Beurteilung der (Un-) Möglichkeit der Herstellung und die Betonung, daß insbesondere die Position "herzustellender Zustand" entscheidend von den jeweiligen sozialen, wirtschaftlichen Verhältnissen beeinflusst wird, bedeuten die Offenlegung, daß zwischen ihnen keine starre, genau festlegbare Reziprozität besteht, daß, anders formuliert, die Größe "erlittener Schaden" nicht sozusagen das "Negativ" für das zu entwickelnde Bild, den "herzustellenden Zustand", ist.

Die Größe "herzustellender Zustand" steuert vielmehr, den jeweiligen Gegebenheiten angepaßt, die als Bemessungsgrundlage zu verstehende Position "erlittener Schaden" aus: In Zeiten einer extremen Verknappung des Güterangebots, in denen Geld seine gewohnte Rolle nicht spielen kann, kann der Zuspruch von Geld schwerlich den von § 249 BGB geforderten Ausgleichszustand herstellen. Hier kann nur die Leistung gleichwertiger Güter den Ausgleichszustand bewirken. Andererseits bietet sich heute die Einsicht an, daß bei einer bestimmten Schadensgruppe (solchen ideellen Gütern, die v. a. dadurch gekennzeichnet sind, daß ihnen eine gewandelte Bedeutung zukommt und daß sie weitgehendst wirtschaftlich erfaßt sind) sich die Möglichkeit eröffnet, durch Geld den geforderten Ausgleichszustand herzustellen.

Eine stärkere Akzentuierung¹⁴⁴ der Größe "herzustellender Zustand" liegt wohl auch Z e u n e r ' s ¹⁴⁵ Gedankengang zugrunde. Z e u n e r sieht den Schaden in dem durch das schädigende Ereignis ausgelösten (Wert-) Bedarf. Er erblickt die Schadensdifferenz darin, daß ein geldmäßiger Bedarf hervorgerufen wurde, der ohne das Schadensereignis nicht aufgetreten wäre.

144 Vgl Esser § 41 II 4 a

145 AcP 163, 380 ff (396)

Bei der Ausgleichung muß es aber dann wesentlich darauf ankommen, einen Zustand herzustellen, der keinen Bedarf mehr auslöst.

d) Stimmt man den Unmöglichkeitsbegriff auf den Kern des Ersatzrechtes¹⁴⁶, den Ausgleichszweck¹⁴⁷ und Äquivalenzgedanken¹⁴⁸ (die letztlich auch auf der Einsicht beruhen, daß Geschehenes nicht ungeschehen zu machen ist und daher etwas Gleichwertiges zu gewähren ist) und die von § 251 I BGB ins Auge gefaßte Interessenlage ab, läßt sich die Unmöglichkeit der Herstellung nur negativ abgrenzen: Ein Herstellungsanspruch ist dann ausgeschlossen,

146 Terminologisch wird das Ersatzrecht auch als "Schadenszurechnung" (Esser S. 228) oder "Schadensrecht" (Mertens aaO S. 11) bezeichnet.

147 H.M. Staudinger-Werner § 251 Anm 2; Mertens bezeichnet das Ausgleichsprinzip, einer gefestigten Tradition zufolge, als Fundament und Primärzweck unseres Schadensersatzrechtes aaO S. 87 (dort a Nachweise der hM S. 35 N 47). Neuner AcP 133, 277 betont demgegenüber, daß Zweck des Schadensersatzes nicht nur Ausgleich, sondern v.a. Rechtsverfolgung sei (dazu und zu Zweck und Funktion des Schadensersatzes s. vorzüglich Mertens aaO S. 50, 93 ff). Ideal der Schadensbeseitigung ist dabei, den Geschädigten nicht ärmer, aber auch nicht reicher zu machen (vgl Fischer aaO S. 219; BGHZ 30, 29 mwN).

148 Degenkolb AcP 76, 16 (dieser Gedanke sei Spezifische des Schadensersatzes). Zur Äquivalenz als rechtsphilosophisches, dogmatisches und rechtspolitisches Prinzip s. Bartholomeyczik AcP 166, 36 ff.

wenn es nicht möglich ist, mit ersatzrechtlich geeigneten und zulässigen Herstellungsmitteln einen dem erlittenen ideellen Nachteil gleichwertigen Ausgleichszustand zu erreichen. Mögliches Herstellungsmittel ist dabei auch der zuvor beschriebene und im Rahmen der Herstellung gewährte und auf § 249 S. 2 BGB gestützte, primäre Geldersatz.

§ 7

Zulässigkeit des primären Geldersatzes

Der primäre Geldersatz ist im Rahmen eines auf Herbeiführung einer gleichwertigen Lage gerichteten Anspruchs, des auf den "Ausgleichszustand" abzielenden Herstellungsanspruchs, nicht ohne weiteres mögliches Ausgleichsmittel.

An dieser Stelle ist daher der Frage nachzugehen, ob für die Urlaubs- und Veranstaltungsschäden die für § 249 S. 2 BGB maßgebenden Momente zutreffen. Die "Zulässigkeitsvoraussetzungen" des primären Geldersatzes liegen vor, wenn es sich bei dem erlittenen Nachteil um einen Schaden handelt, der als Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache¹⁴⁹,

¹⁴⁹ Neumann JherJb 86, 291 betont, daß Sinn und Zweck der Vorschrift eine ausdehnende und auch den Fall des Untergangs der Sache einbeziehende Auslegung erforderten; a.A. RGRK § 249 Anm 43; Palandt-Heinrichs § 249 Anm 2 a; Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd 1 AT § 28 I S. 331 mit der Begründung, eine Herstellung sei hier nicht möglich.

§ 249 S. 2 BGB, gewertet werden kann. Der Grund für diese Regelung wird darin gesehen: Der Verletzte soll nicht gezwungen sein, sich bei der Herstellung dem Schädiger anzuvertrauen¹⁵⁰.

Der Ausdruck "Zulässigkeitsvoraussetzung" soll verdeutlichen:

Bei der Anwendbarkeit von § 249 S. 2 BGB geht es nur darum, ob im Rahmen eines bestehenden Herstellungsanspruchs der primäre Geldersatz als zulässiges Mittel zur Realisierung des Ausgleichszwecks herangezogen werden kann. Die Feststellung, ein Schaden sei Verletzung der Person oder Beschädigung der Sache i. S. von § 249 S. 2 BGB, berührt also nicht abschließend die Frage der Erstattungsfähigkeit dieses Schadens. Nur dann ist diese betroffen, wenn ein Ausgleichszustand herstellbar ist und mit dem von § 249 S. 2 BGB erfaßten Ausgleichsmittel - dem primären Geldersatz - auch tatsächlich der von § 249 BGB geforderte "herzustellende Zustand" bewirkt werden kann.

Ähnlich wie im Verfahrensrecht, wo die Bejahung einer zweifelhaften Sachurteilsvoraussetzung nicht eine Entscheidung über das zu erkennende Urteil in der Sache enthält, befindet § 249 S. 2 BGB nur darüber, ob der primäre Geldersatz zulässigerweise als Mittel zur Herbeiführung des

150 Siehe oben S. 32

Ausgleichszustands eingesetzt werden darf. Die Bedeutung des anstehenden Problembereichs ist daher nicht zu überzeichnen: Selbst wenn man z. B. die Störung des "Schlafgenusses" einer Person unter dem Begriff "Verletzung der Person" für eingruppierbar halten würde, wäre noch nichts Endgültiges über die Erstattungsfähigkeit eines solchen Schadens ausgesagt. Es wäre nur festgestellt, daß für diese Schadensposition der primäre Geldersatz als zulässiges Ausgleichsmittel in Betracht kommen kann; es bliebe die entscheidende Frage zu beantworten, ob mit diesem Mittel für diese Schadenseinbuße ein Ausgleichszustand überhaupt herbeigeführt werden kann. § 249 S. 2 BGB kann somit nicht vom Herstellungsgedanken isoliert gesehen werden. Damit wird erhellt, daß eine breitere Auslegung von § 249 S. 2 BGB nicht zugleich (wie etwa die des Vermögensschadensbegriffes) die Gefahr einer Ausuferung von Schadensersatzpflichten nach sich ziehen muß. Der Systematik von § 249 S. 2 BGB wohnt von vornherein und ohne weiteres eine solche Tendenz nicht inne: Denn § 249 S. 2 BGB besagt nur im Rahmen eines Herstellungsanspruchs - und somit auch nur im Rahmen der Erreichbarkeit des "herzustellenden Zustands" -, ob der primäre Geldersatz innerhalb dieses auf den Ausgleichszustand abgestellten Anspruchs ein zulässiges Ausgleichsmittel darstellt; m.a.W.

ob der Gläubiger auf den "direkten" Herstellungsanspruch beschränkt ist oder ob die Momente zutreffen, die dem Gläubiger eine "indirektere" Befriedigung dieses Anspruchs ermöglichen. Die anstehende Erörterung hat sich hiernach auf die Frage zu konzentrieren, ob bei den Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisfällen die Aspekte zutreffen, die den Zweckgehalt von § 249 S. 2 BGB ausmachen. Dabei ist noch einmal zu unterstreichen: Anwendungs- und Problem-bereich von § 249 S. 2 BGB sind nicht in der Weise zu verkennen, daß § 249 S. 2 BGB vom Herstellungszweck losgelöst wird. § 249 S. 2 BGB ist vielmehr an die Bezugsgröße "herzustellender Zustand" gekoppelt. Es wäre daher falsch, § 249 S. 2 BGB vom Herstellungszweck abzuspalten und in ihm eine über die Erstattungsfähigkeit, sozusagen materiell, befindende Norm zu sehen.

Andererseits ist offenzulegen, daß einer Ausweitung des "Möglichkeitsbegriffs" bzw. einer Verengung des "Unmöglichkeitsbegriffs" der Herstellung und damit der Verbreiterung des Bereiches des Herstellbaren die Gefahr einer vergrößerten Anwendungsmöglichkeit von § 249 S. 2 BGB einhergehen kann:

Denn mit der Bejahung der Herstellbarkeit eines Ausgleichszustands für eine bestimmte ideelle Schadensgruppe ist sofort die Frage

verbunden, ob nicht der Realisierung dieses Ausgleichszustands sogleich ein Geldersatz nach § 249 S. 2 BGB dienstbar gemacht werden kann.

Eine über den Bereich der Herstellbarkeit eines Ausgleichszustands bei gewissen Schäden vorgenommene Öffnung kann also auch ihrerseits nicht losgelöst von § 249 S. 2 BGB betrachtet werden. Zur Vermeidung eines bei der beabsichtigten Öffnung als möglich erscheinenden ungehemmteren Einfließens von Geldersatzbegehren für alle möglichen ideellen Schäden ("Störung des Schlafgenusses" etc.) müssen die über die Herstellbarkeit befindenden Kriterien in diesen Zusammenhang eingestellt werden und eine bedeutsame eindämmende Abgrenzungsfunktion übernehmen. Darüber hinaus erscheint es, sozusagen als flankierendes Korrektiv, angebracht bei der Frage, ob ein ideeller Schaden als Verletzung der Person angesehen werden kann, differenzierend vorzugehen. In die Erörterung der Inhaltsbestimmungen des Merkmals "Verletzung der Person" sind daher diese Hintergründe einzubeziehen.

Im folgenden ist zu untersuchen,

ob die Beeinträchtigung eines Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisses die Qualifikationen der Kategorie "Verletzung der Person" i. S. von § 249 S. 2 BGB erfüllt; und gegebenenfalls, um was für eine Beeinträchtigung es sich dabei handeln muß;

ob in den Fällen, in denen das Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis durch eine Sachbeschädigung beeinträchtigt wird (durch die Beschädigung des Segelbootes wird der geplante "Segelurlaub" verhindert), auch an den Gesichtspunkt "Beschädigung der Sache" i. S. von § 249 S. 2 BGB angeknüpft werden kann.

Früher wurde die Ansicht vertreten, Verletzung der Person i. S. von § 249 S. 2 BGB könne nur eine Körperverletzung oder Gesundheitsstörung sein¹⁵¹, denn der Geschädigte solle nicht gezwungen werden, eine Einwirkung des Verletzers auf seine P e r s o n zu erlauben¹⁵².

151 Staudinger (9. Aufl) § 249 Anm 3 a; Planck-Siber § 249 Anm 3 b; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl Rechts 8. Aufl S. 729 N 36 mit der Begründung, dies ergebe sich aus dem gesetzlichen Zusammenhang ("statt der Herstellung").

152 Staudinger aaO

In Zeiten, in denen noch kein auf grundgesetzliche Wertentscheidungen gestütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt war, konnte es verständlich erscheinen, den Bereich des Verletzbaren einer Person derart zu beschränken. Eine solche Auffassung möchte zu Zeiten, in denen weder das Schädigungspotential (man denke nur an die heutigen Eingriffsmöglichkeiten der Massenmedien, des Massenverkehrs etc.) noch das Bewußtsein der Bedeutung ideell-persönlicher Beeinträchtigungen so wie heute gesteigert waren, eine gewisse Werbekraft entwickeln. Allerdings mußte die Beschränkung des Merkmals "Verletzung der Person" auf eine Körperverletzung oder Gesundheitsstörung auch damals schon zumindest insoweit als problematisch erscheinen, als eine Beleidigung z. B. hiernach ausgeklammert bleiben mußte.

Heute ist diese Auffassung aber schon deswegen bedenklich, weil sich auf der dem Ersatzrecht vorgelagerten Sphäre, dem Haftungsgrundrecht, die Einsicht insbesondere durch Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durchgesetzt hat, daß der schützenswerte Bereich einer Person über den bloßen Schutz ihrer körperlichen Integrität hinaus zu ziehen ist¹⁵³. Die Anerkennung des APR beinhaltet die Sicherung der Feststellung, daß der persönliche Bereich und damit auch der des Ver-

¹⁵³ BGHZ 13, 338; 15, 257; 24, 76; 24, 208; 26, 349; 27, 285; 30, 7; 31, 308; 33, 22; 35, 363 39, 124.

letzbaren umfassender zu verstehen ist. Der Rechtsfigur APR liegt sicherlich weitgehend auch das Bestreben zugrunde, bestimmte Eingriffe in den persönlichen Bereich geldentschädigungsfähig zu machen¹⁵⁴.

In dieser Richtung ist für die hier interessierenden, dem Oberbegriff Freizeitschäden zuzuzählenden Urlaubs- und Veranstaltungsschäden L a n d w e h r m a n n¹⁵⁵ weiter vorgestoßen: Er will aus dem allgemeinen ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitgestaltung ableiten, welches auch Urlaubsbeeinträchtigungen umfassen soll. Er hebt hervor, da der größte Teil der Bevölkerung fremdbestimmte Arbeit zu leisten habe und in diesem Bereich weitgehend keine Möglichkeit habe, Eigeninitiative und Individualität zu entfalten, komme der Freizeit als dem für die meisten wichtigsten Potential zur Persönlichkeitsentfaltung entscheidende Bedeutung zu¹⁵⁶.

154 Auf diesem Weg hat man auch die Möglichkeit eröffnet, einen im Gesetz nicht vorgesehenen Schmerzensgeldanspruch zu bejahen. Maßgebend sind die Entsch. BGHZ 26, 349 ("Herrenreiterfall") BGHZ 35, 363 ("Ginsengwurzelfall") und BGHZ 39, 124 ("Fernsehansagerin"); LM Nr. 25 zu § 847 BGB.

155 NJW 70, 1867 ff.

156 aaO S. 1867. Kritisch sei zu seinem Vorschlag angemerkt, wenn man wie er für "den größten Teil der Bevölkerung" argumentiert, sollte man nicht außer Acht lassen, daß gerade dieser die "Rechnung" für ein umfassendes besonderes Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitgestaltung durch damit v.a. verbundene Erhöhungen der Versicherungsprämien wird zahlen müssen.

Auch wenn man den Vorstoß von L a n d -
w e h r m a n n nur als Lösungsvorschlag
und noch keineswegs als gesicherte Erkenntnis
bezeichnen kann, so entspricht er doch einer
heute vorhandenen Tendenz, die der modernen
Bedeutung bestimmter ideell-persönlicher
Schäden Rechnung tragen, m.a.W. sie geld-
ersatzfähig machen will.

Berücksichtigt man aber die überragende Be-
deutung des APR sowie den heutigen Stellen-
wert eines Urlaubs- oder Veranstaltungserleb-
nisses und den Umstand, daß §§ 249 ff BGB
als Ersatzrechtsnormen lediglich, sozusagen
neutral reagierendes, Inhaltsrecht einer be-
stehenden Schadensersatzpflicht sind, scheint
eine Rückkoppelung derart, daß der (ersatz-
rechtliche) Begriff "Verletzung der Person"
i. S. von § 249 S. 2 BGB auf die, infolge
Anerkennung eines APR, auf der Haftungsgrund-
rechtsseite vorgenommene Ausweitung des ver-
letzbaren Bereichs einer Person abgestimmt
wird, gerechtfertigt.

So sind auch die Ausführungen von S t a u -
d i n g e r - W e r n e r zu verstehen,
wenn die frühere¹⁵⁷ Ansicht, nur eine Körper-
verletzung oder Gesundheitsstörung sei Ver-
letzung der Person gem. § 249 S. 2 BGB,
expressis verbis wegen der Anerkennung eines
APR aufgegeben wird¹⁵⁸.

157 (9. Aufl) § 249 Anm 3 a. Vgl a N 151

158 (10./11. Aufl) § 249 Rn 15

S t a u d i n g e r begründete die frühere Ansicht mit den Beweggründen, die zu der Regelung von § 249 S. 2 BGB geführt haben¹⁵⁹: Der Geschädigte soll nicht gezwungen sein, eine Einwirkung des Ersatzpflichtigen auf seine Person zu erlauben.

Es wird damit unterlegt, nur die Vornahme solcher Handlungen des Ersatzpflichtigen, die Heilungshandlungen bezüglich einer Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung sind, seien für den Geschädigten nicht zumutbar. Das Moment des berechtigten Mißtrauens gegenüber der Vornahme von Herstellungshandlungen durch den Ersatzpflichtigen selbst dürfte aber weitgehend bei den hier fraglichen Personenschäden zutreffen. Der Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschaden wird durch eine Reihe von individuellen, personengebundenen Faktoren bestimmt, die es ausschließen, in diesem Bereich Herstellungshandlungen des Verletzters hinnehmen zu müssen. Insbesondere müßte es als befremdendes Ergebnis erscheinen, den Ersatzanspruch des Geschädigten derart auf den "direkten Herstellungsanspruch" beschränken zu wollen, daß ihm - etwa im Urlaubsfall - ein "Ersatz"-Urlaub im Eigenheim des Schädigers zuzumuten wäre.

Wenn W i e s e § 249 S. 2 BGB bei Beleidigungen (Ersatz der zur Beseitigung der Beleidigung erforderlichen Kosten) für anwendbar hält¹⁶⁰, unterstellt er offensichtlich, daß auch eine Beleidigung als Verletzung der Person i. S. von § 249 S. 2 BGB zu werten ist. Es wäre nicht einzusehen, daß § 249 S. 2 BGB, wenn er bei Beleidigungen für anwendbar gehalten wird, nicht auch bei den hier interessierenden, dem Rechtsgut Ehre heute zumindest gleichwertigen Personenschäden heranzuziehen sein sollte; zumal wenn man heutige Bedeutung, Funktion und Stellenwert von Urlaubs- und Veranstaltungserlebnissen in der modernen Gesellschaft in Ansatz bringt.

Nach dem Dargelegten erscheint es also an-
gänglich, Beeinträchtigungen solcher persön-
licher Güter, die wie die Urlaubs- und Ver-
anstaltungserlebnisse heute eine erhebliche
Bedeutung für die Entfaltung der Persönlich-
keit haben und darüber hinaus eine wichtige
Rolle als Regenerierungsfaktoren des für die
meisten bedeutsamsten wirtschaftlichen Poten-
tials, der Arbeitskraft, spielen, in das
Merkmal "Verletzung der Person" einzube-
ziehen und somit den primären Geldersatz
in solchen Fällen zuzulassen.

160 aaO S. 7. S. auch oben.

Höchst fraglich ist demgegenüber, ob beispielsweise auch eine Störung des Schlafgenusses als "Verletzung der Person" bezeichnet werden kann. Gerade wegen der hier vorgeschlagenen Öffnung des Merkmals "herzustellender Zustand" muß in die Auslegung des Kriteriums "Verletzung der Person" eine wertende Korrektiv-Funktion eingestellt werden. Danach wird nicht schlechthin jeder Personenschaden, sondern nur ein solcher, der sich zu einer erheblichen, für die Entfaltung und Lebensgestaltung der Person nicht unwesentlichen Beeinträchtigung verdichtet hat, als "Verletzung der Person" i. S. von § 249 S. 2 BGB zu qualifizieren sein¹⁶¹.

Eine Störung des Schlafgenusses kann sich aber nach den hier aufgestellten Kriterien u. U. zu einer "Verletzung der Person" verdichten, wenn z. B. während eines Erholungsurlaubs der nächstliche Schlaf durch ständigen Lärm beeinträchtigt und somit das Urlaubserlebnis erheblich entwertet wird. Schon dadurch, daß diese Beeinträchtigung hier zum Urlaubsschaden wird, ist sie als "Verletzung der Person" anzusehen, da Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisse heute eben ganz bedeutsame, für die Person und ihre Entfaltung erhebliche Größen darstellen.

¹⁶¹ Anklänge bei Landwehrmann NJW 70, 1869.

Gewonnenes Ergebnis ist:

Bei den Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden kann an das Merkmal "Verletzung der Person" i. S. von § 249 S. 2 BGB angeknüpft werden; in diesen Fällen ist es also zulässig, den primären Geldersatz zur Realisierung des Ausgleichszustands einzusetzen.

Von den Fällen, in denen auch ein Anknüpfen an den Gesichtspunkt "Beschädigung der Sache" i. S. von § 249 S. 2 BGB in Betracht kommen könnte, sind zunächst die Fälle auszuschneiden, in denen sich der Urlaubs- oder Veranstaltungsschaden als der eigentliche Schaden darstellt.

So wäre zwar bei einigen Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisfällen auch an ein Anknüpfen an den Gesichtspunkt "Beschädigung einer Sache" zu denken: Dem Urlauber wird z. B. in seinem Urlaubsort das mitgeführte Segelboot oder die mitgebrachte Taucherausrüstung beschädigt. Dem Geschädigten wird auf einer Seereise die Garderobe vorenthalten; ihm wird die Karte für eine Theatervorstellung entzogen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß in diesen Fällen der gestörte Genuß im Vordergrund steht. Es geht in erster Linie um den beeinträchtigten Urlaub, der nun anders verbracht werden muß. Die Theaterkarte ist nur Voraussetzung zum Besuch der Aufführung;

sie ist - ebenso wie das Segelboot oder die Taucherausrüstung im Urlaubsbeispiel - lediglich Hilfsmittel, mit dem das Erleben des Theaterstücks (hierauf allein kommt es dem Geschädigten an) ermöglicht werden soll.

Der BGH stellt daher im Seereisefall folgerichtig nicht - was an sich möglich gewesen wäre¹⁶² - auf den Gesichtspunkt "Sachschaden" (hier entgangene Nutzungsmöglichkeiten von Kleidung) ab, sondern auf die entscheidende, maßgeblich im Vordergrund stehende Störung des Urlaubsgenusses¹⁶³.

In solchen Fällen bleibt die ersatzrechtliche Anknüpfung also auf den Gesichtspunkt "Verletzung der Person" beschränkt.

In anderen Fällen, z. B. bei einem durch einen Kfz-Unfall entgangenen Besuch einer Sportveranstaltung, kann aber auch ein (zusätzliches) Abstellen auf den Gesichtspunkt "Sachbeschädigung" in Betracht kommen.

Der BGH¹⁶⁴ hat zwar in diesem Zusammenhang für den Fall entgangener Gebrauchsvorteile eines beschädigten Kfz die Frage offen gelassen, ob im Fall des Ersatzes wegen Beschädigung einer Sache die Bestimmung von § 249 S. 2 BGB

162 Vgl Grunsky aaO S. 70/71

163 Das Ausgeführte hat unmittelbar nichts mit der Differenzierung unmittelbarer (Objekts-) und Vermögensfolgeschaden zu tun. Bei dieser, den Gegenstand der Arbeit sprengenden Problematik geht es zunächst darum, den unmittelbaren (am Rechtsgut selbst entstandenen) von dem weiteren Schaden zu unterscheiden.

164 BGH VersR 64, 227.

nur in einem engen Sinn zu verstehen sei, daß hiermit nur der Ersatzbetrag gemeint sei, der gerade zur Beseitigung der unmittelbaren Sachschäden erforderlich sei, oder ob die Herstellungskosten für die gesamten (und sich an die Sachbeschädigung anknüpfenden) Beeinträchtigungen verlangt werden können.

Bemerkenswert ist hier zunächst, daß der BGH bei den sich an die Sachbeschädigung anknüpfenden Beeinträchtigungen (die vor allem ideeller Natur sind) eine Herstellung in Geld - über Herstellungskosten - nicht von vornherein wegen der (ideellen) Natur der Beeinträchtigungen für ausgeschlossen hält. Im entschiedenen Fall übersieht der BGH aber, daß er - entgegen seiner Absicht - das Problem (wohl) nicht unentschieden gelassen hat. Er führt nämlich aus, der Geschädigte habe einen Anspruch (und zwar hier auch wegen entzogener Gebrauchsmöglichkeiten) auf *s o f o r t i g e n* Geldersatz¹⁶⁵.

Berücksichtigt man weiter Vorrang und Umfang des Herstellungsprinzips und den Umstand, daß der primäre Geldersatz in praxi nicht Ausnahme, sondern Normalfall ist, erscheint es zulässig, in den hier fraglichen Schadensfällen ein (zusätzliches) Anknüpfen an den Gesichtspunkt "Sachbeschädigung" für möglich zu erachten.

165 Die dogmatische Begründung, der Anspruch auf sofortigen Geldersatz ergebe sich aus § 250 BGB, ist nicht haltbar. § 250 BGB verlangt eine angemessene Fristsetzung und eine Ablehnungs-erklärung des Gläubigers.

II. Konkrete Herstellbarkeit eines Ausgleichs- zustands für bestimmte Schäden

§ 1

Funktion von Geld

Der primäre wird also - bei ideellen Schäden - nur dann durch den, dem Zugriff von § 253 BGB ausgesetzten, sekundären ersetzt, wenn für diese Schäden, auch unter Zuhilfenahme bzw. durch den Einsatz von Geld, ein Ausgleichszustand nicht herstellbar ist. Positiv formuliert: Bei (bestimmten) ideellen Einbußen kann ein (primärer) Geldersatz Anwendung finden, wenn die Herstellbarkeit eines Ausgleichszustandes möglich und dieser mit dem "Einsatz von Geld" zu erzielen ist.

Bei einer Gesellschaft, die durchaus die Vorstellung einer zunehmenden und umfangreichen "Materialisierung" ideeller Positionen bzw. "Konfektionierung" ideeller Güter - "Urlaub von der Stange" - herausfordert, bedeutet dies, daß der Einsatz von Geld zunehmen und in nicht geringem Umfang als insoweit taugliches Ausgleichsmittel angesehen werden kann (und wird) und den vom Herstellungszweck geforderten Ausgleich verschaffen kann. Andererseits ruft die "Materialisierung" auf dem Gebiet des Ersatzrechts eine Typisierung hervor, so daß bestimmte Schäden (etwa Urlaub) nicht nur ausschließlich individuell ermittelbare, sondern gesellschaftlich bewertbare Schäden darstellen.

Vor allem im Zusammenhang mit der Vermögensschadensproblematik wird dargelegt, es sei gerade typischerweise die Funktion von Geld bzw. überhaupt von Vermögen¹⁶⁶, sich hiermit ideelle Güter in Form von Annehmlichkeiten, Bequemlichkeiten, Genüssen etc. zu verschaffen. Darüber hinaus führt S t r a s s e r¹⁶⁷ aus, von einer höheren Ebene aus sei das Vermögen nichts anderes als ein Mittel für die immaterielle Entfaltung. In dieser Sicht erscheine die Verletzung von Vermögensrechten letztlich als (mittelbare) Verletzung immaterieller Interessen, und der Ersatz für eine Vermögensbeschädigung sei damit mittelbar bereits "Ersatz" für die (mittelbare) Verletzung nicht-ökonomischer Güter. Er folgert¹⁶⁸:

Für ein Weltbild, das die ideellen Güter der Person über deren materielle stelle, ergebe sich damit zwangsläufig das argumentum a minori (= Zivilrechtsschutz für die mittelbare Verletzung immaterieller Güter) ad maius (= Zivilrechtsschutz für die unmittelbare Verletzung immaterieller Güter). Da dieser Schutz in der Regel immer nur Geldansprüche

166 Vgl Zeuner AcP 163, 389; Mertens aaO S. 130, 228; Hagen JuS 69, 67; Kohler ArchBürgR 12, 1 ff; Askenasy Gruchot 70, 380 formuliert z.B.: Bedeutung von Vermögen bestehe zum großen Teil darin, sich in Genuß zu verwandeln; es sei vielfach nichts anderes als Anwartschaft auf Genüsse. Grunsky aaO S. 34 betont dabei zu Recht: Angesichts dieser Funktion könne die strenge Gegenüberstellung Vermögen/Annehmlichkeit nicht richtig sein.

167 Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht S. 56

168 aaO

bringe, leiste er allerdings nur eine mittelbare Wiedergutmachung, d. h. es werde damit die Potenz zur Ausweitung im nichtmateriellen Bereich verstärkt.

Aber gerade wenn man diese überragende Funktion von Vermögen im generellen, die zugleich wesentliche Funktion seines elementaren Faktors und Mediums "Geld" im besonderen ist, hervorhebt, müßte konsequenterweise gefolgert werden, daß dann diese Funktion (durch Geld verschaffe man sich typischerweise ideelle Güter) den Einsatz von Geld als wichtiges Ausgleichsmittel bei ideellen Einbußen geradezu prädestiniert¹⁶⁹:

Geld vermag den erlittenen ideellen Nachteil durch Reproduzieren der Möglichkeit¹⁷⁰, sich das Beeinträchtigte erneut zu verschaffen -

169 Anklänge bei Zeuner AcP 163, 387

170 Ein solcher Vorgang vermag darüber hinaus die von Grunsky aaO S. 34 gerügte strenge Gegenpoligkeit Vermögen/Annehmlichkeit aufzulösen

infolge seiner Funktion-, auszugleichen¹⁷¹;
m.a.W., so formuliert es W i e s e¹⁷²,
"der Geschädigte erhält ein Äquivalent, das
ihn in die Lage versetzt, das gleiche Recht-
gut wieder zu erwerben". W i e s e¹⁷³
meint weiter, es sei nicht einzusehen, daß
bei ideellen Gütern der entstandene Schaden
nicht gleichfalls im Rahmen des praktisch
Möglichen, d. h. durch Geld, sollte ausge-
glichen werden können.

171 Deutliche Anklänge bei Wiese aaO S. 14: Es sei insoweit gleichgültig, daß an sich ideelle Werte und Geld inkommensurable Größen seien. Bei Verletzung eines ideellen Gutes sei Geld ein Mittel, den entstandenen Schaden auszugleichen, d. h. das gestörte Gleichgewicht wiederherzustellen; nur werde hier nicht ein Vermögenswert durch einen anderen, sondern ein ideelles Gut durch einen Vermögenswert kompensiert. Insoweit bestehe unter dem Gesichtspunkt der "ausgleichenden Gerechtigkeit" kein wesensmäßiger Unterschied, ob dem Geschädigten für die Verletzung eines materiellen oder immateriellen Gutes Geld zu leisten sei. Wiese zieht aber insofern nicht die Konsequenz aus seinen Ausführungen, als er diesen Geldersatz bei § 253 BGB ansiedelt. Wenn Geld "ausgleichen", "das gestörte Gleichgewicht wiederherstellen kann", zielt das in erster Linie auf § 253 BGB vorgelagerte Momente, den Äquivalenzgedanken und den Einsatz von Geld innerhalb der Herstellung, ab. Askenasy Gruchot 70, 378 führt - polemisch - aus, bei Genußentziehung könne ein Ersatz dann nicht versagt werden, wenn sie durch Geld wieder ausgeglichen werden könne.

172 aaO S. 14

173 aaO

Das Gewähren von Geld und damit das Verschaffen zumindest der Möglichkeit¹⁷⁴, mit Hilfe dieses materiellen Mediums zu einem dem erlittenen ideellen Nachteil vergleichbaren und gleichwertigen neuen ideellen¹⁷⁵ Zustand zu gelangen, kann u. U. die Realisierung des vom Herstellungsgedanken geforderten Ausgleichszustands leisten; kann u. U. bei diesen Gütern bei der Herstellbarkeit einer Ausgleichslage mitwirken.

Dies mögen folgende Beispiele veranschaulichen: Jemand wurde, etwa durch Entzug der Eintrittskarte, daran gehindert, eine Veranstaltung (Kino, Theater, Sport etc.) zu

-
- 174 Das Reproduzieren der "bloßen" Möglichkeit muß dabei genügen. Denn nach h.M. (s. oben) hängt der Anspruch aus § 249 S. 2 BGB nicht davon ab, ob der Geschädigte das Geld auch tatsächlich für die Herstellung verwendet. Hier kommt der Schutz der "Dispositions-freiheit" des Gläubigers zum Ausdruck.
- 175 Anklänge bei Degenkolb AcP 76, 70: Der Empfänger vermag sich mittels Geld die seinem individuellen Bedürfnis entsprechendste Ergänzung des Entzogenen zu verschaffen. Deutliche Anklänge auch bei Larenz, Festschrift Oftinger, S. 168, der (ausgehend vom Fall einer durch Schenkung erworbenen Teilnahme an einer Reise oder Theatervorstellung) ausführt, der Beschenkte werde durch den geleisteten Ersatz in die Lage versetzt, ohne eigenen Geldaufwand sich die Möglichkeit des Besuchs einer anderen Vorstellung, der Teilnahme an einer anderen Reise zu beschaffen; womit dann auch der Zweck des Schenkers erreicht werde.

besuchen. Die bloße Tatsache des Vorüberseins darf den Schädiger nicht entlasten¹⁷⁶, da, wie ausgeführt, ein enger Unmöglichkeitsebegriff, der hier die Unmöglichkeit der Herstellung allein wegen des Zeitablaufs bzw. der Tatsache des Stattfindens der Veranstaltung annimmt, nicht im Einklang mit der von §§ 251 I, 249 BGB ins Auge gefaßten Interessenlage steht. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß für den Geschädigten tatsächlich nur eine ideelle Beeinträchtigung, die Möglichkeit, der Veranstaltung beizuwohnen, sie zu "genießen" etc. vorliegt; zumal das für die Veranstaltung ausgegebene Eintrittsgeld ohnehin nach Willen des Geschädigten "fort" sein sollte¹⁷⁷. Schon die Tatsache des Lösens der Eintrittskarte zeigt, daß es dem Geschädigten nur noch um die Veranstaltung selbst, ihres Erlebens, Genießens, nicht aber mehr um materielle, finanzielle Momente geht. Noch deutlicher wird dies, wenn es sich um den Entzug einer Freikarte handelte.

Durch Geldzuspruch wird der Geschädigte hier in die Lage versetzt, sich ähn-liche, vergleichbare und durchaus ganz individuell bestimmte Genüsse, wie die des Erlebens einer bestimmten Veranstaltung, eines Urlaubs erneut

176 S. oben

177 Vgl Askenasy Gruchot 70, 376/377; Böttcher VersR 66, 309

zu verschaffen. Der gestörte Mallorca-Urlaub kann gleichwertig auf Ibiza, Korsika etc. nachgeholt werden. Der entgangene Genuß eines Theaterstückes kann durch den Besuch einer anderen Vorstellung gleichwertig ersetzt werden.

§ 2

Kommerzialisierungsgedanke

Innerhalb des oben gezeichneten Rahmens wird m. E. auch der vom BGH¹⁷⁸ im Seereisefall an anderer Stelle - Vermögensschaden - entwickelten

178 BGH NJW 56, 1234 = LM Nr. 2 zu § 253. Infolge schuldhafter Amtspflichtverletzung eines Zollbeamten mußte ein Ehepaar während einer Seereise zehn Tage lang auf den Inhalt eines Koffers verzichten und konnte dadurch nicht in gewohnter Weise Wäsche und Kleidung wechseln. Der BGH sprach neben dem Ersatz für Nachsendekosten einen weiteren Geldersatz zu, und zwar bei einem Wert der Passagen von 1800,-- DM dem Ehemann 100,-- DM, seiner Frau 200,-- DM. Bezugnehmend auf diese Entscheidung BGH NJW 63, 2020 (2021) - Kommerzialisierung des "ruhigen Wohngenußes" -; BGHZ 40, 345 (349) - Kommerzialisierung der Benutzungsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs (zur Darstellung der Bedeutung dieses Gedankens in der BGH-Rspr hierzu s. insbesondere Schmidt-Salzer BB 70, 55 ff) -. Die Entscheidung hat überwiegend Zustimmung gefunden. Saarbr DAR 65, 299; OLG Frankfurt NJW 67, 1373; KG NJW 70, 474; LG München MRD 70, 925; Brem VersR 69, 929; LG Kiel MDR 70, 924; Palandt-Heinrichs Vorbem v 249 2 aa; Soergel-R.Schmidt §§ 249-253 Rn 85; Esser § 42 IV 3 d; Wiese S. 32; Böttcher AcP 158, 408; Steindorff AcP 158, 458; Nörr AcP 158, 8 N 38; aA Böhmer MDR 1964, 453; Löwe VersR 1963, 308.

Kommerzialisierungsformel¹⁷⁹ eine überzeugendere¹⁸⁰ und harmonischere systematische Integrationsmöglichkeit geboten. Die in diesem Urteil festgestellte Formel besagt:

Bei dem mit einer Seereise erstrebten Genuß handele es sich nicht um einen rein immateriellen Wert; dieser "Genuß" sei vielmehr angesichts dessen, daß er in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen "erkauft" werden könne (und hier auch tatsächlich erkauft worden sei), in gewissem Umfang kommerzialisiert, so daß eine Beeinträchtigung dieses Genusses auch eine Beeinträchtigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten vermögenswerten Äquivalents darstelle.

Stellt man, wie der BGH in diesem Fall, in der Gesellschaft heute (möglicherweise anders als zu früheren Zeiten) Anhaltspunkte dafür fest, daß bestimmte Güter nicht mehr als rein immaterielle Positionen, sondern vielmehr, da

-
- 179 Vgl OLG Colmar Recht 1907 Nr. 3058; OLG Saarbr DAR 65, 299/301; OLG Düsseldorf VersR 68, 77; OLG Frankfurt NJW 67, 1372; Oertmann § 253 Anm 2; Neuner AcP 133, 277/306; Niederländer JZ 60, 617/620; Soergel-R. Schmidt §§ 249-253 Rdnr 85; Wiese aaO S. 33; Grunsky aaO S. 36, 40, 83 f; Medicus, Bürgerliches Recht S. 304; Ablehnend Larenz, Festschrift für Nipperdey S. 496 f und Festschrift Oftinger S. 151 ff; Heldrich NJW 67, 1377 ff; s. a BAG BB 67, 1367/1377.
- 180 Landwehrmann NJW 70, 1867 spricht von einer dogmatisch unbefriedigenden Formel.

sie z. B. Gegenstand eines Handels bzw. Marktes sind, als kommerzialisierte ideelle Güter¹⁸¹ zu verstehen sind, so wirkt sich diese Feststellung unmittelbar auf die Herstellbarkeit eines Ausgleichszustands für diese Güter aus. Die "Herstellung" solcher kommerzialisierter Güter, d. h. von Gütern, für die ein Markt (oder zumindest) ein wirtschaftlich organisierter Bereich besteht, der zugleich die Möglichkeiten ihrer (ständigen) Wiederbeschaffung organisiert, unterscheidet sich naturgemäß von der "Herstellung" anderer ideeller und nicht kommerzialisierter Güter. Mit der Bewertung einer Position als kommerzialisiertes ideelles Gut wird zugleich vorrangig registriert, daß eine bestimmte Bandbreite bzw. Typisierung der Beschaffungs- (und somit auch der Wiederbeschaffungs-) Möglichkeit besteht. Insoweit könnte man sie als ideelle vertretbare Güter bezeichnen.

Die Kommerzialisierung läuft also in erster Linie auf eine Vergrößerung der Herstellungsmöglichkeiten hinaus; sie wirkt damit dem engen Unmöglichkeitsebegriff bei ideellen Gütern entgegen. So gesehen, stellt sie ein zweckmäßiges und geeignetes Mittel dar, das auf den von § 251 I BGB erfaßten Interessenschutz abgestimmt ist.

181 Larenz, Festschrift Oftinger S. 169 spricht von "kommerzialisierten Lebensgütern".

Die Anlagerung der Kommerzialisierungsformel innerhalb des Vermögensschadensbegriffes weist demgegenüber systematische Unverträglichkeiten und unbefriedigende Folgen aus. Zum einen werden zwei verschiedene schadensersatzrechtliche Anknüpfungspunkte - der erstrebte Genuß mit der Entwertung des dafür Aufgewendeten - vermengt¹⁸². Andererseits überzeugt es, generell gesehen, schon nicht, daß eine Position, der eine spezifische Qualität zukommt, bloß deswegen eine andere Qualität (d. h. hier die seines Mediums) annehmen soll, weil sie erst durch den Einsatz des Mittels ermöglicht worden ist. Umgekehrt würde ja z. B. eine Verletzung eines materiellen Gutes nicht deswegen als Nichtvermögensschaden verstanden

182 Schmidt-Salzer BB 70, 56. Anschaulich und überzeugend differenziert demgegenüber Askenasy Gruchot 70, 376/377: Bei einer Genußstörung wäre das Vermögen des Geschädigten in jedem Fall auch ohne die schädigende Handlung (nach dem Willen des Aufwendenden selbst) geringer geworden; dafür hätte er aber die beabsichtigte Annehmlichkeit erlangt. Nur um diese sei er dann bei der Schädigung ärmer; ihre Folge sei, daß das Vermögen geringer wurde, ohne daß dafür der Nichtvermögensvorteil eingetreten sei (vgl. a. Bötticher VersR 66, 309). Ohne eine solche Vermengung - und insoweit dogmatisch überzeugend - stellt die Frustrierungsthese (zurückgehend auf v. Tuhr, AT Bd I (1910) S. 320) auf das Schicksal der Aufwendung selbst bzw. ihrer nachträglichen Entwertung durch das haftungsbegründende Ereignis ab. S. dazu a. oben.

werden können, weil die beeinträchtigte Vermögensposition zuvor durch ideelle Mittel (etwa Einkünfte aufgrund eines bestimmten Images, eines mit einem Geldpreis verbundenen Gewinns einer Schönheitskonkurrenz) geschaffen worden ist¹⁸³.

Weiterhin verwischt der Kommerzialisierungsgedanke an dieser Stelle eine befriedigende Abgrenzungsmöglichkeit ideeller/materieller Schaden. L a r e n z wendet überzeugend ein, ein ideeller Schaden könne, bloß weil die ideelle Position durch Geld erlangt sei, noch kein Vermögensschaden sein, denn typische Funktion von Geld bzw. Vermögen sei es ja, hiermit vor allem ideelle Güter (Genüsse, Annehmlichkeiten, Bequemlichkeiten, Freude, Prestige, Wohlbehagen etc.) zu schaffen¹⁸⁴. Eine Differenzierung verlöre letztlich ihren Sinn, denn nahezu jede ideelle Position werde irgendwie durch materielle Vorinvestitionen erlangt¹⁸⁵. Man denke z. B. nur daran, daß etwa der "ungestörte Schlafgenuß" materielle Aufwendungen (Haus, Möbel, Textilien) voraus-

183 Andererseits kann man z. B. die Gesundheit nicht deswegen, weil ihre Herstellung durchaus Geldaufwendungen erforderlich machen kann, wegen dieser Aufwendungen als vermögenswertes Gut betrachten (Esser § 41 II 4 a).

184 Festschrift Nipperdey S. 496 ff - im Anschluß an Askenasy Gruchot 70, 378 -.

185 Heldrich NJW 67, 1739 mwN; vgl a Askenasy Gruchot 70, 376.

setzt¹⁸⁶. Der verunglückte Playboy hätte auch wegen "entgangener Liebeserlebnisse" einen materiellen Schaden erlitten, wenn er zuvor bestimmte Investitionen (Sportwagen, Kleidung, Dinner etc.) getroffen hätte. Die Beispiele machen deutlich, daß dieser Formel insoweit keinerlei brauchbare Abgrenzungsfunktion mehr zukommt¹⁸⁷.

Die Verlegung der Kommerzialisierungsformel in den Herstellungsbereich ermöglicht demgegenüber schon deswegen eine praktikablere Abgrenzung, weil hier die Bezugsgröße "herzustellender Zustand" in Ansatz zu bringen ist. M. a. W.: Es wird nicht nur auf den Umstand, wie das ideelle Gut erworben wurde - etwa durch Vermögensaufwendungen -, sondern immer auch darauf abgehoben, ob der Zuspruch von Geld den Geschädigten in eine gegenüber seiner vor Schadenseintritt bestehenden Position gleichwertige "kommerzialisier te" Lage versetzt, ob mittels Geld ein "herstellbarer" (d. i. hier ein "kommerzialisierter") Ausgleichszustand realisiert werden kann.

-
- 186 Vgl. Heldrich NJW 67, 1738. Planck § 253 Anm 1, Oertmann § 253 Anm 2 bejahen einen Vermögensschaden bei Zuführen übler Gerüche oder Geräusche, wenn der Berechtigte trotz dieser Beeinträchtigungen im Hause verblieben ist; a.M. RG WarnRspr 1908 Nr. 58.
- 187 Larenz, Lehrbuch des SchuldR Bd 1 AT S. 347 weist auf die Gefahr hin, daß sich dann der Geschädigte durch die Liquidation solcher Schäden eine einträgliche Erwerbsquelle verschaffen könne. Die neuere BGH-Rspr (zuletzt BGH NJW 71, 1692) baut daher bei entgangenen Gebrauchsvorteilen die Korrektive Nutzungswille und -möglichkeit ein. S. dazu a S. 55.

Nur dann kann also eine kommerzialisierte ideelle Ausgleichsposition durch den Einsatz von Geld "hergestellt" werden, wenn damit ein gegenüber dem früheren (wirtschaftlich) gleichwertiger "kommerzialisierter" (Ausgleich-)Zustand geschaffen wird.

Dieser Komponente wird aber bei den kommerzialisierten ideellen Gütern nur dann Rechnung getragen, wenn auch ihre "Herstellung" kommerzialisiert ist; d. h. nur dann kommt ein Geldersatz bei diesen Gütern in Frage, wenn es für sie typisierte oder organisierte Wiederbeschaffungsmöglichkeiten gibt und ihre Wiederbeschaffung geldlich bewertet¹⁸⁸ werden kann. Für den erlittenen ideellen Nachteil ist dann eine gleichwertige Position reproduzierbar; eine "Herstellung" liegt im Rahmen des Erreichbaren, ist machbar.

§ 3

Urlaubs- und Veranstaltungsfälle

Bei den Veranstaltungs- und Urlaubsfällen handelt es sich aber gerade um Positionen, deren Beschaffung und Wiederbeschaffung kommerzialisiert sind. Man kann heute von einem Urlaubsmarkt (man denke nur an die Vielzahl und wirtschaftliche Größe und Bedeutung der "Anbieter" auf diesem Markt)

188 Wobei zu berücksichtigen ist, daß Geld auch die Funktion eines allgemeinen Wertmaßstabes zukommt (vgl Zeuner AcP 163, 386; Fischer aaO S. 17) und ein Gut wohl kaum mehr wert sein kann als der Preis, zu dem es sich wiederbeschaffen läßt (vgl dazu Mertens aaO S. 147; Neuner AcP 133, 307).

ebenso wie von einem "Veranstaltungsmarkt" reden. Beide Bereiche sind in ihren vielfältigsten Erscheinungsformen durchgehend wirtschaftlich organisiert. Eine "ausgefallene" Veranstaltung läßt sich ebenso wie der "ausgefallene" Urlaub in der Regel ständig reproduzieren.

Geld vermag die verlorene Urlaubszeit sozusagen "wiederherzustellen" - m.a.W.: es vermag die beeinträchtigte kommerzialisierte (Ausgangs-)Position "wiederherzustellen" -, indem es die Möglichkeit verschafft, den beeinträchtigten Urlaub erneut (und jetzt ungestört) zu verleben.

Dies machen auch Bedeutung und Funktion des Urlaubs in der heutigen Gesellschaft verständlich: Die meisten Menschen müssen arbeiten, um Geld zu verdienen und können sich nur hierdurch einen Urlaub ermöglichen, der seinerseits wiederum der Regenerierung der Arbeitskraft dient. Für die meisten trifft also der Satz zu "time is money". In seiner Umkehrung bedeutet er, daß "Geld Zeit ist" und Geld somit verlorengegangene Zeit "wiederherstellen" kann. Die im Fall vergeudeter Urlaubstage herangezogene Bemessungsgrundlage 'Arbeitsverdienst des Geschädigten'^{188a}, die letzthin auf der Kette Arbeit/Geld/Freizeit fußt, erscheint von daher als zu vielgliedrig: Richtig ist zwar, daß mit Arbeit i.d.R. Geld verdient und damit die materielle Basis von Freizeit geschaffen wird; hingegen ist nicht zu übersehen, daß Geld bzw. der Anspruch von Geld des Zwangs, arbeiten zu müssen, entheben kann.

Geld reproduziert für den Berechtigten die Möglichkeit, eine gleichwertige Veranstaltung zu erleben und kann somit den ausgefallenen Genuß "wiederherstellen".

^{188a} S. oben S. 10 f

Derjenige, der einen Veranstaltungserlebnis-schaden erleidet, kann also gemäß § 249 S. 2 BGB unabhängig davon, worauf der erlittene Schaden zurückzuführen ist (also gleichgültig, ob der Berechtigte selbst verletzt oder die Karte entzogen worden ist) und unabhängig davon, wie er das Recht zum Veranstaltungsbesuch erworben hat (also gleichgültig, ob es sich um eine gekaufte oder um eine Frei- oder Ehrenkarte handelt) den Geldbetrag verlangen, der erforderlich ist, damit er eine der "ausgefallenen" gleichwertige Veranstaltung besuchen kann.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob der beispielsweise in München Beheimatete, für den z. B. ein Karajan-Konzert in Salzburg ausgefallen ist, alle Kosten verlangen kann, die das Erleben der gleichen "Ersatzveranstaltung" in Mailand oder etwa New York nötig macht. Hier käme eine Reihe (erhöhter) Kosten in Betracht: Ersatz für (nun) erheblich höhere Reisekosten, gesteigerten (Freizeit-)Aufwand^{188b} etc.). Oder kann der Fußball-Fan, der sich das Heimspiel Hertha BSC Berlin gegen Bayern München ansehen wollte, auch die Flugkosten für die Rückrundenbegegnung in München verlangen?

Nach der dargelegten Ansicht kann der Geschädigte nur den Betrag verlangen, der für ihn die Herstellung eines gegenüber seinem früher bestehenden "kommerzialisierten" (Ausgangs-) gleichwertigen neuen Zustands bewirkt. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit unterliegt damit weitgehend auch wirtschaftlichen Gesichtspunkten und somit einer wertenden Betrachtungsweise.

^{188b} S. dazu unten S. 110 f

Das in Salzburg ausgefallene Karajan-Konzert kann - unter den wirtschaftlichen, typisierenden Kriterien, die der Begriff "kommerzialisierter Ausgleichszustand" abgibt, gesehen - gleichwertig durch ein Böhm-Konzert erlebt werden. Der Mallorca-Urlaub kann gleichwertig in Korsika etc. verbracht werden. Das ausgefallene Fußballspiel Hertha BSC Berlin gegen Bayern München kann durch die Möglichkeit des Erlebens eines anderen Heimspiels gegen eine andere Mannschaft ausgeglichen werden. Unter Umständen kommt bei einem Sportbegeisterten, der am Fußball- wie Boxsport gleichermaßen interessiert ist, als wirtschaftlicher Ausgleich darüber hinaus die Möglichkeit in Betracht, eine Boxveranstaltung besuchen zu können.

Nur wenn der Geschädigte seinen Genuß in bestimmter Weise "eskaliert", also konkret die Stufe seiner (kommerzialisierten) ideellen Position festgelegt hat - etwa Buchung eines Fluges zu einer Opernaufführung der Mailänder Scala oder zu einem Europa-Cup-Spiel in Athen -, kann er den Betrag verlangen, der die Herstellung einer dem "eskalierten" Genuß gleichwertigen Lage bewirkt. In diesem Fall kann er daher auch die Flugkosten verlangen, die erforderlich sind, um ein gleichwertiges Fußballspiel etwa in Glasgow oder eine gleichwertige Opernaufführung etwa in Paris zu erleben. Dies gilt auch dann, wenn der Geschädigte zu Veranstaltung und Flug eingeladen war.

Zu berücksichtigen ist weiter, daß der Geschädigte die Herstellungskosten unabhängig davon verlangen kann, ob er das Geld tatsäch-

lich zur Herstellung verwendet¹⁸⁹. Hieraus läßt sich ableiten, daß der Ausgleich durch Geld nur, sozusagen , abstrakt¹⁹⁰ erfolgen kann. Außer Ansatz bleibt, daß sich der Geschädigte z. B. lediglich ein anderes Theaterstück als das etwa zwischenzeitlich abgesetzte, für ihn ausgefallene Stück ansehen oder nur ein anderes Fußballspiel mit anderen Mannschaften besuchen kann. Für den erlittenen Schaden wäre sonst die Herstellung einer Ausgleichslage nicht möglich; ein Ersatzanspruch bliebe aber insoweit § 253 BGB ausgesetzt, als er auf eine solche unerreichbare Herstellung gerichtet wäre.

Der Karajan-Liebhaber, der ein Konzert in Salzburg nicht besuchen konnte - und für den die Möglichkeit des Erlebens eines Konzertes unter der Leitung von Böhm keine gleichwertige Lage darstellt -, kann zwar den zum Besuch eines weiteren Karajan-Konzertes in Salzburg erforderlichen (auch wenn für das andere Konzert nur noch teurere Karten zu bekommen sind) Betrag verlangen; ihm sind aber nicht die Kosten (etwa Reisekosten, Ersatz für unbezahlten Urlaub etc.) zu erstatten, die erforderlich sind, um ein Karajan-Konzert in Mailand oder New York erleben zu können.

189 H.M. s. oben N 58. Palandt-Heinrichs Vorbem § 249 2 aa ausdrücklich: Bei Verlust einer Theaterkarte sei gleichgültig, ob der Verletzte eine andere Vorstellung besuche, Geldersatz zu leisten.

190 Das ergibt sich daraus, daß "mein" Genuß nie der eines anderen ist (vgl. Larenz, Festschrift Nipperdey S. 497). Die von vielen subjektiven und auch objektiven (z.B. Reisewetter) Faktoren abhängige Intensität und Individualität des Genusses bleibt also unberücksichtigt und entzieht sich einer Berechnung in Geld (vgl dazu a Schmidt-Salzer BB 70, 56).

Hier darf zum einen nicht übersehen werden, daß der Anspruch aus § 249 S. 2 BGB nur die zur Herstellung erforderlichen¹⁹¹ Kosten umfaßt und generell unter dem Vorbehalt¹⁹² der von § 251 II BGB gesetzten Opfergrenze des Schuldners steht. Der Schuldner kann bei unverhältnismäßigem Herstellungsaufwand von der "kostspieligen" Restitution (also auch von § 249 S. 2 BGB) auf die Entschädigung in Geld ausweichen. Anders formuliert: Der Schuldner ist nur einem primären Geldersatz ausgesetzt, solange die auf Herbeiführung einer gleichwertigen Ausgleichslage gerichtete Herstellung mit verhältnismäßigem, zumutbarem Aufwand betrieben wird. Andererseits wurde ausgeführt, daß bei ideellen Schäden eine Ausgleichung durch Geld nur dann in Betracht kommt, wenn kommerzialisierte Ausgleichsmöglichkeiten bestehen. D. h. das über das kommerzialisierte Ausgleichsinteresse hinausgehende Interesse (hier die absolute Festlegung auf Karajan-Konzerte) bleibt außer Ansatz; insoweit ist die Herbeiführung eines gleichwertigen kommerzialisierten) Ausgleichszustandes nicht erreichbar.

191 Als erforderlich gelten die Aufwendungen, die vom Standpunkt eines "Verständigen" bei der gegebenen Sachlage als zweckmäßig erscheinen (vgl Staudinger-Werner § 249 Anm 22). Zur Korrektiv-Funktion der Kategorie "erforderlichen" s. Böttcher VersR 66, 302.

192 S. vorzüglich Medicus JuS 69, 449.

In den Urlaubsfällen - dies trifft ausnahmslos für alle eingangs erwähnten Fälle zu - ist der Betrag zu zahlen, der es ermöglicht, einen Urlaub zu verleben, wie er ohne die Schädigung hätte verbracht werden können.

Es ist also die Summe zu zahlen, die erforderlich ist, mit der üblicherweise die Möglichkeit verschafft wird, einen dem geplanten Urlaub gleichwertigen (neuen und unbeeinträchtigten) zu verleben. Da die Bezugsgröße "herzustellender Zustand" nur für den Fall kommerzialisierter Ausgleichsmöglichkeiten auszuweiten ist, ist die Schadensberechnung an das "kommerzialisierte Ausgleichsinteresse" gekoppelt:

D. h. es kann nur ein solcher "Pauschbetrag" verlangt werden, der es üblicherweise ermöglicht, einen gleichwertigen Urlaub zu erleben.

Entsprechend kann in den Veranstaltungsfällen der Geschädigte den Betrag verlangen, der erforderlich ist, um eine der geplanten Veranstaltung gleichwertige besuchen zu können.

Für weitergehende Ersatzansprüche - für im Zusammenhang mit dem Urlaubs- und Veranstaltungsschaden erlittene Einbußen - etwa weiterer Verlust von Freizeit^{192a}; Ersatz von Kosten, die der Urlaubsgeschädigte deswegen aufwenden mußte, weil er infolge nächtlichen Lärms in ruhige Abendlokale ausweichen und somit eine unbeabsichtigte Steigerung von Verzehrkosten hinnehmen mußte^{192b} - bleibt jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des "kommerzialisierten Ausgleichsinteresses" kein Raum.

192a Dazu unten S. 110f

192b S. oben S. 9

Beispielsweise kann derjenige, der einen Segelboot-Urlaub oder Ski-Urlaub verbringen wollte, den Betrag verlangen, mit dem er es ermöglichen kann, einen gleichwertigen Segel-, Ski-Urlaub zu verleben.

Er muß sich aber hier den erlebten beeinträchtigten Urlaub im Rahmen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen¹⁹³.

Dies ist deswegen gerechtfertigt, weil ja auch der beeinträchtigte Urlaub einen gewissen Wert darstellen kann. Der um 7 Tage in seinem 3-wöchigen Urlaub Geschädigte hat immerhin einen 14-tägigen Urlaub genossen. Der Urlauber, der ein Zimmer in ruhiger Lage mit Balkon bestellt hat und ein lauterer ohne Balkon vorfindet, hat einen zwar weniger werten, aber doch nicht wertlosen Urlaub verlebt. Eine Vorteilsanrechnung scheidet dann allerdings aus, wenn der Urlaub oder die Veranstaltung infolge des schädigenden Ereignisses total entwertet worden ist. Das kann auch der Fall sein, wenn z. B. bei einer erheblichen Zahl vergeudeter Kur-Urlaubstage dem restlichen Kur-Urlaub - etwa aus medizinischen Gründen - keinerlei Wert mehr zukommen sollte. Der Geschädigte muß sich eine Anrechnung aber dann immer gefallen lassen, wenn er den Urlaub trotz Beeinträchtigung nicht abbricht^{193a}, sondern weiterhin am Urlaubsort verweilt. Bei der Anrechnung ist aber auch zu berücksichtigen, daß ein "aufgeteilter" - etwa im Fall einer 7-tägigen Störung eines 3-Wochen-Urlaubs: zwei Urlaube zu je 1 bzw. 2 Wochen - nicht immer denselben (Urlaubs-)Wert wie ein ununterbrochen verlebter Urlaub haben muß.

193 Dies folgt aus einer Wertung der in Betracht kommenden Umstände: Bei der Vorteilsausgleichung wird ja von der inzwischen h.M. (s. zuletzt Thiele AcP 167, 193; Esser § 48 II) anerkannt, nicht jeder aus dem Schadensereignis adäquat kausal resultierende Vorteil sei anrechenbar; dies könne vielmehr nur dann geschehen, wenn dafür eine Wertung der gesamten Umstände spreche.

193a Vgl LG München MDR 70, 925.

Derjenige, der ein Appartement mit Loggia gemietet hat und ein solches ohne vorfindet oder der ein Luxusstudio gemietet und ein einfaches Zimmer antrifft oder der infolge Verletzung etwa vier Urlaubstage verliert, kann den Betrag verlangen, der erforderlich ist, um ein dem geplanten Urlaub gleichwertigen zu verbringen. Auch hier ist der erlebte beeinträchtigte Urlaub im Rahmen der Vorteilsausgleichung anzurechnen.

Auch der, der einen "kostenlosen" Urlaub (etwa bei Verwandten, Freunden) erleben wollte, kann ebenso wie der Schüler¹⁹⁴, der in seinem Urlaubsgenuß beeinträchtigt worden ist, den Betrag verlangen, mit dem es ihm ermöglicht wird, einen gleichwertigen Urlaub zu erleben.

Die oben erwähnten Beeinträchtigungen "gestörter Schlafgenuß" oder "entgangene Playboyfreuden" stellen nach dem Dargelegten demgegenüber keine erstattungsfähigen Schäden dar. Hier vermag der Anspruch von Geld eine Reproduktion nicht zu erreichen; die Herstellung eines gleichwertigen wirtschaftlichen Zustands scheitert daran, daß die Herstellung hier nicht kommerzialisiert ist.

194 A.A. LG Köln MDR 66,758

Im Fall "gestörten Schlafgenusses" verfängt zwar das Argument, es sei üblich, die Lärm-belästigungen des Alltags durch einen ruhigen Erholungsurlaub auszugleichen - insoweit wurde ja auch hinsichtlich des Urlaubs eine kommer-zialisierte Ausgleichsmöglichkeit bejaht. Es ist aber zumindest heute noch nicht allgemein üblich, eine besondere, über die gewohnten Belästigungen hinausgehende Schlafstörung durch das Einlegen eines "Ruhetages" in einer ruhigen Wohngegend auszugleichen. Insoweit könnte allenfalls die Einnahme einer Schlaf-tablette als übliche kommerzailisierte Aus-gleichsmöglichkeit angesehen werden.

Bei "entgangenen Playboyfreuden" könnte man zwar entgegnen, auch hier seien angesichts der heutigen Gegebenheiten organisierte Wiederbeschaffungsmöglichkeiten vorhanden. Der erfahrene Playboy kennt sicherlich Kon-taktmöglichkeiten zu auch den anspruchs-vollsten Bedürfnissen gerecht werdenden Call-girls, die insoweit "Gleichwertiges" zu leisten in der Lage wären.

Von einem Markt oder zumindest organisierten Wiederbeschaffungsmöglichkeiten in einem be-stimmten Lebensbereich kann aber nur dann die Rede sein, wenn es sich um einen öffent-lichen, jedermann ohne weiteres zugänglichen (also nicht nur Eingeweihten bekannten und

sich mehr oder weniger im Verborgenen abspielenden) Bereich handelt. Insbesondere ist aber die Herstellung nur dann als kommerzialisiert anzusehen, wenn der in Betracht kommende Bereich von der Gesellschaft als Markt oder wirtschaftlich organisiert bewertet wird.

Hierbei ist nicht zu übersehen, daß ein Lebensbereich gesellschaftlich (wohl) nur dann als Markt bewertet wird, wenn er sich, zumindest im gesellschaftlichen Bewußtsein, durch eine mehr oder weniger schnelle und unkomplizierte Austauschbarkeit seiner Güter auszeichnet. Dieser Aspekt trifft heute sicherlich für den Urlaubs- und Veranstaltungssektor zu. Der Ibiza-Urlaub kann gleichwertig auf Madeira, Korsika etc. verlegt werden. Ein für den Berechtigten ausgefallener Boxkampf mag durch den Besuch einer Ringkampfveranstaltung usw. gleichwertig nachgeholt werden. Anders als im Fall entgangener "Liebesfreuden", die durch weit individuellere und intimere Faktoren bestimmt werden, handelt es sich bei dem Erleben eines Urlaubs oder einer Veranstaltung um Güter, die heute weitgehend lediglich unter im weiteren Sinn verstandenen wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu sehen sind.

Die nähere Schadensberechnung soll an dem eingangs exemplarisch dargestellten Fall eines infolge Hundebisses vergeudeten einwöchigen

Urlaubsteils eines 4-Wochen-Urlaubs erläutert werden. Der Geschädigte kann den Betrag verlangen, der üblicherweise erforderlich ist, um einen seinem Urlaub gleichwertigen vierwöchigen Urlaub verbringen zu können; er muß sich aber den erlebten unbeeinträchtigten dreiwöchigen Urlaubsteil sowie für den Fall, daß der erlebte beeinträchtigte Teil trotz des Hundebisses überhaupt noch einen gewissen Wert darstellen sollte, auch diesen anrechnen lassen.

Die angewandte 'pauschalierende' Betrachtungsweise läßt zugegebenermaßen in manchen Fällen, in denen z. B. die Urlaubsbuchung die An- und Abreisekosten enthält, die Erstattung dieser häufig (Flug-, Seereisen) erheblichen Kosten nur anteilig zu. Der Urlauber, der eine 14-tägige Teneriffa-Flugreise zum Preis von 1200,-- DM gebucht hatte und infolge des schädigenden Ereignisses dort drei Urlaubstage verlor, kann zwar, wenn ein gleichwertiger Urlaub dieser Komfortstufe auf Teneriffa jetzt 1400,-- DM kosten sollte, nunmehr 300,- DM (1400,-- : 14 x 3) als Schadensersatz verlangen; er kann aber nicht den Betrag fordern, den eine dreitägige Flugreise nach Teneriffa kosten würde. Der geplante Urlaub ist vielmehr in seiner Gesamtheit zu betrachten, d. h. An- und Abflugtag, die beiden sozusagen

"teuersten" Urlaubstage, können nicht von den übrigen Urlaubstagen isoliert werden; ihre Kosten sind vielmehr auf alle Urlaubstage umzulegen. Auch die verbliebenen elf Urlaubstage enthalten anteilig diese Reisekosten. Es kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß ein 11-tägiger ebenso wie ein 3-tägiger Urlaub auf Teneriffa diese Flugreisekosten entstehen lassen würde. Da es hier bei der Bezugsgröße "herzustellender Zustand" auf eine gleichwertige kommerzialisierte Ausgleichslage ankommt, darf nicht übersehen werden, daß sich der Geschädigte mit einem Ersatzbetrag von 300,-- DM für eine 3-tägige Teneriffa-Urlaubsvergeudung ja auch einen 3-tägigen Urlaub etwa im Schwarzwald, Tirol ermöglichen könnte; somit also, unter den Kriterien eines kommerzialisierten Ausgleichszustandes gesehen, dort einen gleichwertigen Urlaub nachholen könnte.

Für den Fall, daß der auf Teneriffa geplante Urlaub nicht mehr unmittelbar nachgeholt werden kann, weil sämtliche Reisen dorthin bereits ausgebucht sind, ist der Betrag zu erstatten, der einen entsprechenden Urlaub auf Gran Canaria, in Tunesien etc. ermöglichen würde.

Da der Betrag, der erforderlich ist, um einen dem geplanten gleichwertigen Urlaub verbringen zu können, verlangt werden kann, kann der Urlauber, der z. B. seinen Spanien-Urlaub mittels eigenem Pkw durchführen wollte, die Kosten, die zur Realisierung eines solch gleichwertigen Urlaubs erforderlich sind (also auch Reisekosten) beanspruchen.

Die oben erwähnte 'pauschalierende', 'typisierende' Betrachtungsweise bei der Herstellung eines (kommerzialisierten) Ausgleichszustandes bedeutet nicht, daß immer nur der Betrag zu ersetzen wäre, mit dem das allgemein übliche, das ("Massen"-)Urlaubserlebnis ermöglicht wird. Es ist vielmehr auch der Betrag zu ersetzen, der erforderlich ist, um ein (typisches) individueller gestaltetes - etwa ein von einem 'kleineren' oder sich an eine bestimmte Zielgruppe wendenden Reiseveranstalter ausgerichtetes -, aber nicht völlig aus einem sonst noch üblichen Rahmen fallendes Urlaubserlebnis gleichwertig zu ersetzen.

Wenn hier Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden als die beiden Hauptfälle heutiger Freizeitnutzungsbeeinträchtigungen begriffen werden, ist der Frage nachzugehen, ob und wie der zugebilligte Geldersatz den Geschädigten in eine gegenüber seiner ursprünglich geplanten Freizeitgestaltung gleichwertige Nutzungsmöglichkeit von Freizeit versetzt. Oder anders ausgedrückt: Kann der Geschädigte durch den zugesprochenen Geldersatz die entgangene Freizeitnutzung tatsächlich gleichwertig nachholen, bzw. was reicht zur Feststellung einer (gleichwertigen) Nachholung aus; wie aber ist es, wenn die Nachholung höhere Kosten oder erhöhten Zeitaufwand verursacht oder dem Geschädigten nicht möglich ist?

Für den Fall z. B., daß eine Urlaubsnachholung¹⁹⁵ konkret ausgeschlossen ist, weil der Arbeitnehmer auch unbezahlten Urlaub nicht nehmen kann, ist zu berücksichtigen: Nach der vorgetragenen Lösung ist der zur Herstellung eines 'kommerzialisierten' Ausgleichszustands erforderliche Betrag gemäß § 249 S. 2 BGB zu zahlen. Die Herstellungskosten sind aber unabhängig davon zu erstatten, ob sie tatsächlich auch zur Herstellung verwendet werden¹⁹⁶; damit kann es dahinstehen, ob sie konkret überhaupt zur Nachholung des Urlaubs verwendbar sind¹⁹⁷. Der Umstand der nicht möglichen Nachholung kann also keine Versagung, somit aber auch keine Erhöhung des Geldersatzes rechtfertigen; zumal sich der Geschädigte mit dem Ersatzbetrag andere - durchaus noch als gleichwertig erscheinende - kommerzialisierte ideelle Erlebnisse (etwa mehrere Wochenendurlaube) verschaffen könnte.

195 Der Fall, daß ein Veranstaltungserlebnis deswegen konkret nicht nachholbar ist, weil sich der Geschädigte keine entsprechende (Frei-)Zeit mehr verschaffen kann, dürfte hingegen selten sein. Hier liegt es ja in aller Regel so, daß die Veranstaltung nicht innerhalb eines besonderen (Frei-)Zeitraumes, sondern innerhalb der gewöhnlichen, an tägliche Arbeit sich anschließenden Freizeit erlebt werden sollte; somit auch in der üblichen Freizeit nachgeholt werden kann.

196 Ganz h.M. Nachweise s. oben N 58; vgl. speziell zum Ersatz wegen vergeudeter Urlaubstage OLG Frankfurt NJW 67, 1372; KG NJW 70, 474; LG Kiel MDR 70, 924.

197 Im Ergebnis (d. h. Unbeachtlichkeit der Einsetzbarkeit des zugebilligten Ersatzes zur Urlaubsnachholung) ebenso: KG NJW 70, 474.

Im Fall etwa eines monatlich 10.000 DM verdienenden Managers, dem nach der vorgetragenen Lösung bei einer einwöchigen Vergeudung seines 4-wöchigen 400-DM-Urlaubs auf einem Heide-Bauernhof - unter der Voraussetzung insoweit gleichbleibender Urlaubsmarktverhältnisse - 100 DM zuzüglich anteiliger Reisekosten zuzubilligen ist, bleibt die Frage zu klären, ob dieser daneben, wenn er zur (tatsächlichen) Urlaubsnachholung eine Woche unbezahlten Urlaub nimmt, auch den (w e i t e r e n) Ersatz seines ihm dann in Höhe von 2.500,-- DM entgehenden Verdienstes verlangen kann.

Da es bei der hier bejahten Herstellbarkeit einer Ausgleichslage für bestimmte kommerzialisierte ideelle Güter nur um die Herstellung eines gegenüber der früheren (kommerzialisierten) Ausgangsposition gleichwertigen neuen kommerzialisierten ideellen (Ausgleichs-)Zustandes geht, können Art und Niveau der gewählten Ausgangsposition nicht außer Betracht bleiben. Die Stufe dieser Position ist aber konkret vorgegeben; sie kann in unserem Fall (400-DM-Urlaub auf einem Bauernhof) überdies unabhängig davon gewählt werden, ob der Berechtigte über einen hohen oder kleineren Verdienst verfügt, oder ob er zu dem Urlaub auf dem Bauernhof eingeladen war. An die vorgewählte Stufe der kommerzialisierten ideellen Position bleibt die Ersatzbemessung aber gebunden und kann nicht darüber hinausgehen; zumal nicht übersehen werden darf, daß sich der Geschädigte mit dem zugesprochenen Betrag

(hier: 100 DM und Reisekosten) beispielsweise zwei in seine sonstige Freizeit fallende Wochenendurlaube auf einem Bauernhof ermöglichen oder in seinem nächsten Urlaub die anfallenden Ausgaben mindern oder eine höhere "Urlaubsstufe" wählen könnte.

Darüber hinaus würde, wenn ein einwöchiges Urlaubserlebnis auf einem Bauernhof auf dem "Urlaubsmarkt" für einen Betrag von 100 DM erlangt werden könnte, die weitere Zubilligung von 2.500 DM die Opfergrenze des Schuldners überschreiten, maW dieser Betrag wäre als unzumutbarer Herstellungsaufwand iS von § 251 II BGB einzustufen. Weiter ist der Geschädigte aus dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht gehalten, die Herstellungskosten möglichst gering zu halten. Er muß sich dann u. U. damit begnügen, die entgangene Urlaubsnutzung innerhalb seiner sonstigen gewöhnlichen Freizeit (etwa an Wochenenden) nachzuholen oder den für die Urlaubsbeeinträchtigung erhaltenen Betrag zur Minderung der beim nächsten Urlaub anfallenden Kosten einzusetzen.

Der geschädigte Manager kann also in unserem Fall neben dem Ersatz von 100 DM und anteiligen Reisekosten keinen weiteren Betrag verlangen.

Ein anderes Ergebnis, ein Zuerkennen der 2.500 DM, würde letztthin bedeuten, daß in Wahrheit nicht das Urlaubserlebnis, sondern die Höhe des Verdienstes als schützenswert zu erachten ist. Potentiellen Schädigern, insbesondere aber Reisebüros, Urlaubsveranstaltern, Hoteliers usw., wäre nur zu raten, sofort (am zweckmäßigsten schon bei der Buchung) die Höhe des Verdienstes des Urlaubers zu erfragen. Bei Spitzenverdienern wäre in jedem Fall eine äußerst umsichtige Behandlung empfehlenswert, während bei durchschnittlich und unterdurchschnittlich verdienenden Urlaubern durchaus bestimmte Risiken in Kauf genommen werden können.

Es ist festzuhalten:

Da es hier um die Herstellung eines "kommerzialisierten" Ausgleichszustandes, somit also die Herstellung 'mehr typisch' zu verstehender Ausgleichslagen, nicht aber um eine individuelle, auch im Einzelfall (möglichst) ideal-perfekte Herstellung geht, ist unbeachtlich, ob der zur Herstellung des kommerzialisierten Ausgleichszustandes bewilligte Betrag zugleich das deckt, was zur Bewirkung des individuell als gleichwertig empfundenen Ausgleichszustandes für erforderlich gehalten wird. Es kommt vielmehr nur darauf an, die Geldsumme zuzubilligen, die erforderlich, aber auch ausreichend ist, eine (gleichwertige) neue kommerzialisierte ideelle Position zu verschaffen. Soweit also im Einzelfall ein Nachholen der entgangenen Freizeitnutzung (nunmehr) höhere Kosten oder einen gesteigerten Zeitaufwand notwendig machen würde, scheidet ein darauf gerichteter (primärer) Geldersatz aus.

Wer eine "kommerzialisierte ideelle" Position erwirbt, muß sich im Schadensfall dann auch mit dem Betrag begnügen, der zur Neubeschaffung eines entsprechenden kommerzialisierten ideellen Gutes ausreicht. Da bei ideellen Schäden die Herstellung eines Ausgleichszustandes nur möglich ist, soweit für diese ein 'kommerzialisierter' Ausgleichszustand herstellbar ist - das Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis kann ja nicht in seinem umfassenden, individuellen Gehalt "wieder"-hergestellt werden, zumindest wäre ein solches Verfahren für den Schuldner unzumutbar -, ist auch die Schadensbemessung an die Bewertungsgrößen des (kommerzialisierten) Ausgleichszustandes gebunden. In anderen Worten: Zur Feststellung der Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Ausgleichszustand genügt das Zubilligen der Mittel, mit denen dieser kommerzialisierte Ausgleichszustand bewirkt werden kann.

Um von einem Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisschaden in unserem Sinn sprechen zu können, reicht aber nicht die Beeinträchtigung eines bislang bloß beabsichtigten Erlebnisses (durch die Schädigung wird die bisher nur geplante Urlaubsbuchung hinfällig) aus. Hiervon kann nur die Rede sein, wenn schon eine konkrete Zweckfestlegung vorliegt, wenn Umstände (Genehmigung des beantragten Urlaubs, Buchung der Urlaubsreise etc.) vorhanden sind, die für eine solche konkrete Festlegung sprechen, die den Rückschluß auf ein klarer umrissenes, in

gewisser Weise schon gesichertes Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis zulassen. Dies liegt auch dann vor, wenn ein Urlauber Urlaubsfahrten "ins Blaue" zu machen pflegt. Im Falle einer Schädigung wäre ihm dann der Betrag zu erstatten, mit dem er eine der geplanten in Umfang und Stil etwa gleichwertige (neue) Urlaubsfahrt ermöglichen könnte.

Ein primärer Geldersatz für andere Freizeit-schäden (etwa ausfallendes Tischtennispielen, Spazierengehen etc.) d. h. für Beeinträchtigungen von Freizeitnutzungen, die nicht als Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisschäden qualifizierbar sind, scheidet hingegen aus: Für solche Schäden ist - zumindest heute noch nicht - ein kommerzialisierter Ausgleichszustand nicht herstellbar. Die Erlebnisse "Tischtennispielen" oder "Spazierengehen" sind als solche eben noch nicht Gegenstand eines hierauf speziell gerichteten "Handels". Um Tischtennis spielen zu können, ist zwar auch der Kauf materieller, über einen Handel beziehbarer Güter nötig (Spieltisch, Schläger, Bälle etc.); dies ändert aber nichts daran, daß das Spielerlebnis, das Spielen selbst, eine ideelle Position ist, die aber anders als das Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis nicht "kommerzialisiert" ist, nicht in einer bestimmten (handelsmäßigen) Weise "gehandelt" wird.

Überdies kann ein solcher 'bloßer' Freizeitschaden wohl kaum als eine erhebliche persönliche Beeinträchtigung, die als Verletzung der Person i. S. von § 249 S. 2 BGB zu begreifen wäre, verstanden werden¹⁹⁸. Insoweit müßte ein hierauf gerichteter (primärer) Geldersatz schon mangels Zulässigkeit ausscheiden.

Zusammenfassung

Innerhalb der ersatzrechtlichen Geldleistungen ist zwischen primärem und sekundärem Geldersatz zu unterscheiden.

Auch bei bestimmten ideellen Schäden kann der primäre, als Unterfall des Herstellungsanspruchs zu begreifende, Geldersatz in Betracht kommen.

Konkret ist dies aber nur dann der Fall, wenn ein Ausgleichszustand "herstellbar" ist, wenn es sich um Einbußen an solchen kommerzialisierten ideellen Gütern handelt, für die zugleich die Herstellung eines kommerzialisierten Ausgleichszustandes mittels Geld erreichbar ist.

Bei diesem Abheben auf die Bezugsgröße "herzustellender Zustand" wird der von §§ 251 I, 249 S. 1 BGB erfaßten Interessenlage Rechnung getragen; hiermit kollidiert hingegen ein enger, insbesondere bei ideellen Schadensfällen unterlegter, starr gehandhabter Unmöglichkeitsebegriff der Herstellung.

198 S. dazu oben S. 70 f (81)

Die Störung eines Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisses stellt eine für Entfaltung und Lebensgestaltung der Person erhebliche, als 'Verletzung der Person' zu qualifizierende, gem. § 249 S. 2 BGB geldersatzfähige Beeinträchtigung dar. Damit ist nur eine Aussage über den Ersatz der unmittelbaren (Erlebnis-) Einbuße gemacht; andere in Urlaubs- oder Veranstaltungsfällen auftauchende Erstattungsprobleme bleiben anderen ersatzrechtlichen Kategorien (z. B. auch einem, nunmehr möglich erscheinenden, überzeugenderen und praktikableren Vermögensschadensbegriff) vorbehalten. Ein primärer Geldersatz für andere, nicht als Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnisschäden qualifizierbare Freizeitschäden scheidet hingegen ebenso wie der für erhöhten Nachholungsaufwand aus.

Die vorgeschlagene Lösung, die bei der Schadensbemessung darauf abstellt, mit welchen Mitteln üblicherweise ein gleichwertiges Urlaubs- oder Veranstaltungserlebnis ermöglicht werden kann, bietet gegenüber den "gängigen" Bemessungsgrundlagen die Vorteile:

Da weder der "finanzierte Genuß" noch die Aufwendungen des Geschädigten, sondern die zur Herstellung einer gleichwertigen Lage erforderlichen Mittel entscheidender ersatzrechtlicher Ausgangspunkt sind, kann auch derjenige, der unentgeltlich einen Urlaub oder als Ehrengast eine Veranstaltung erleben wollte, einen Ersatzanspruch stellen.

Bei der Schadensbemessung bestimmen weder die Höhe der Aufwendungen des Geschädigten noch die seines Arbeitsverdienstes zugleich die Höhe des Schadensersatzanspruchs. Damit erscheinen praktikablere und v. a. in vielen Fällen gerechtere Ergebnisse möglich.

Lebenslauf

Ich wurde am 12. September 1944 in Spangenberg, Kreis Melsungen als zweites Kind des Textilkaufmanns Jakob Ellrich und seiner Ehefrau Maria geboren.

Im Februar 1964 legte ich die Reifeprüfung an der Geschwister Scholl - Schule in Melsungen ab. Von Sommersemester 1964 bis Sommersemester 1968 studierte ich in Berlin, Genf, Heidelberg und Gießen Rechtswissenschaft.

Im Dezember 1968 meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich im Mai 1969 bestand. Seit Dezember 1969 bin ich Gerichtsreferendar am Landgericht Marburg. 1971 habe ich geheiratet.

